

Rechtsprobleme beim Übergang zu einem „dreispurigen“ Kriminalrecht

Ein Beitrag zur Lösung der verfassungsrechtlichen, strafrechts-
dogmatischen und strafprozessualen Problematik
der Bewährungsauflagen unter besonderer Berücksichtigung ent-
sprechender Problemstellungen im Jugendkriminalrecht

von

Herbert Friedlein

aus Nürnberg

1960

Rechtsprobleme beim Übergang zu einem
"dreispurigen" Kriminalrecht.

(Ein Beitrag zur Lösung der verfassungsrechtlichen,
strafrechtsdogmatischen und strafprozessualen
Problematik der Bewährungsauflagen unter besonderer
Berücksichtigung entsprechender Problemstellungen
im Jugendkriminalrecht.)

Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von
Herbert Friedlein
aus Nürnberg

Approbiert am 12. Juli 1960



Referent: Professor Dr. Hans-Jürgen B r u n s

Dekan: Professor Dr. Hans S p a n n e r

Meinen Eltern.

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
<u>E i n l e i t u n g :</u>	1
Situation und Aufgabe.	
1.) Die rechtliche Situation im strafrichterlichen Maßnahmenrecht: Die gesetzliche Regelung de lege lata und nach dem E 1958. Kriminalpolitische Bedeutung des Auflagenrechts und dogmatische Erfassung als "dritte Spur" des modernen Kriminalrechts.	1
2.) Die Aufgabe: Die Notwendigkeit einer juristisch-dogmatischen Grundlegung angesichts der Mangelhaftigkeit der gerichtlichen Maßnahmenpraxis. Widerstände seitens einer kriminalpolitisch ausgerichteten Gruppe. Aufgabe der vorliegenden Arbeit.	6
1. H A U P T T E I L : =====	10
Rechtsgrundlage und Zulässigkeitsgrenzen der Auflagen, Weisungen und Pflichten. (Allgemeiner Teil).	
<u>1. K a p i t e l :</u>	10
Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der sozialtherapeutischen Generalklausel im Erwachsenenstrafrecht und im Jugendkriminalrecht.	
I. Die Generalklausel als grundsätzliches strafrechtliches Novum. Die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Untersuchung.	10
II. Die Generalklausel und der Grundsatz der Gewaltenteilung.	16

III. Die strafrechtliche Generalklausel unter dem Gesichtspunkt der gesetzlichen Bestimmtheit der Straffolgen (Nulla poena sine lege), Art. 103 II GG.	19
--	----

A. Erwachsenenstrafrecht.	20
---------------------------	----

1.) Die doppelte Bedeutung des Satzes "Nulla poena sine lege" in seiner Anwendung auf die §§ 24, 42 h StGB:	20
---	----

a) Konkretisierung des Schuldgrundsatzes (Art. 1 I GG).	22
---	----

b) Verfassungsgarantie der Gesetzesbestimmtheit aller Straffolgen als Übel. Willkür-ausschluß. Das Maius-minus-Argument. Verfassungswidrigkeit der Generalklausel des § 24 I S. 2 StGB; Verfassungsmäßigkeit des § 42 h StGB.	23
---	----

2.) Widerlegung der These von L a n g - H i n r i c h s e n .	29
---	----

3.) Widerlegung weiterer möglicher Einwände:	31
--	----

a) Einwand der freiwilligen Unterwerfung des Verurteilten.	32
--	----

b) arg. § 2 IV StGB.	35
----------------------	----

4.) Kompromißvorschlag: Erweiterter, elastisch gefaßter, aber abschließender Auflagenkatalog.	36
---	----

B. Jugendkriminalrecht.	38
-------------------------	----

1.) § 10 JGG und Art. 6 I GG.	38
-------------------------------	----

2.) § 10 JGG und "Nulla poena sine lege" (Art. 103 II GG)	41
---	----

a) Erziehung und Schuldprinzip.	41
---------------------------------	----

b) Erziehung als Übel?	41
------------------------	----

c) Der rechtliche Sonderstatus der Jugendlichen.	42
--	----

<u>2. K a p i t e l :</u>	45
---------------------------	----

"Dritte Spur" und Grundrechtsordnung.

Einleitung, Stand der Diskussion.	45
-----------------------------------	----

I. Die Problematik im Erwachsenenstrafrecht.	46
--	----

A. Materiellrechtliche Problematik.	
-------------------------------------	--

	Seite
1.) Die strafrechtlichen Immanenztheorien.	46
a) Das Strafrecht als generelle immanente sachliche Schranke der Grundrechte?	47
b) Die strafrechtlichen Sanktionen als immanente persönliche Schranken der Grundrechte? Das sog. besondere Gewaltverhältnis, insbes. die Theorie von der "begrenzenden Wirkung der Strafe". Ihre Berechtigung und Widerlegung.	48
2.) Auflagen und Gesetzesvorbehalt. Die Generalklausel als rechtsgültige Ausfüllung des Gesetzesvorbehalts?	56
3.) Die Einschränkung der einzelnen Grundrechte im Wege der Auflagen:	57
a) Menschenwürde (Art. 1 I GG)	57
b) Freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG)	62
c) Freiheit der Person (Art. 2 II S. 2 GG)	64
d) Körp. Unversehrtheit (Art. 2 II S. 2 GG)	64
e) Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG)	65
f) Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 5 GG)	65
g) Ehe und Familie (Art. 6 GG)	68
h) Versammlungs-, Vereins- und Koalitionsfreiheit (Art. 8 I, 9 I, III GG)	69
i) Briefgeheimnis (Art. 10 GG)	69
k) Freizügigkeit (Art. 11 GG)	70
l) Berufsfreiheit (Art. 12 I GG)	71
m) Verbot von Zwangsarbeit (Art. 12 II S. 1 GG)	72
n) Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG)	72
o) Eigentumsrecht (Art. 14 GG)	73
B. Die Problematik der Grundrechtsnennung nach Art. 19 I S. 2 GG	74
1.) Die These K l e i n s (Sollvorschrift) und ihre Widerlegung.	74
2.) Die Auffassung von R ö h l , ihre Widerlegung und die Immanenztheorie des besonderen Gewaltverhältnisses: keine grundsätzliche Lösung.	75
3.) Die radikale Auffassung des LG Limburg NJW 1957, 1246 von der Grundrechtswidrigkeit der Auflagen schlechthin.	78

	Seite
4.) Die Lösung der Problematik über BVerfGE 5,13.	78
a) arg. § 42 h StGB (Brun s).	
b) Das inhaltsähnliche Gnadenrecht als vorkonstitutionelles Recht.	81
II. Die Problematik im Jugendkriminalrecht.	82
A. Materiellrechtliche Problematik.	
1.) Die Frage der "Grundrechtsmündigkeit" und das Recht der "Weisungen" nach § 10 JGG.	82
2.) Die einzelnen rechtlichen Abweichungen vom Erwachsenenstrafrecht:	86
a) Hinsichtlich der Menschenwürde (Art. 1 I GG)	86
b) Hinsichtlich der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG, § 5 RelKERzG)	89
c) Hinsichtlich der Meinungsfreiheit (Art. 5 GG)	90
d) Hinsichtlich der Vereinsfreiheit (Art. 9 GG)	90
e) Hinsichtlich des Briefgeheimnisses (Art. 10 GG)	91
B. Die formellrechtliche Frage (Art. 19 I S. 2 GG).	91

3. K a p i t e l : 93

Der systematische Standort der "dritten Spur" im Normengefüge des überkommenen Kriminalrechts. (Die systematischen Grenzen der Auflagen).

Die Problematik der inhaltlichen Überschneidung der Reaktionsformen.

I. Die Lösung der Problematik im Erwachsenenstrafrecht.	99
1.) Im Konkurrenzfall geht die Maßregel der Sicherung und Besserung der (subsidiären) Auflage vor.	99
2.) Die Frage der "Sperrwirkung" der inhaltsähnlichen Maßregel, deren Voraussetzungen nicht gegeben sind, gegenüber der Auflage:	104
a) Bei der Strafaussetzung	104
b) Bei der Maßregelaussetzung	111

	Seite
II. Die Lösung der Problematik im Jugendkriminalrecht.	115
1.) "Sperrwirkung" der Strafraumen des allgemeinen Strafrechts gegenüber unverhältnismäßig harten "Weisungen"?	115
2.) Zur Problematik der "Sperrwirkung" des § 15 JGG gegenüber den "Weisungen" nach § 10 JGG.	118
3.) Das Verhältnis der "Weisungen" zu den Maßregeln der Sicherung und Besserung (§ 7 JGG).	122
a) Im Konkurrenzfall geht die Maßregel trotz des im JGG dominierenden Erziehungsgedankens vor.	122
b) Bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen für die inhaltsähnliche Maßregel ist eine "Sperrwirkung" im Einzelfall teleologisch zu ermitteln.	124

4. K a p i t e l : 126

Gesetzeswidrigkeit und Unzumutbarkeit von Auflagen.
Zugleich ein Versuch der inhaltlichen und methodischen Präzisierung des Begriffs der "einschneidenden Unzumutbarkeit".

(§ 305 a I S. 2 StPO, § 453 III S. 2 StPO)

Die "einschneidende Unzumutbarkeit" als Verstoß gegen Art. 1 I GG und damit formell und materiell als Unterfall der "Gesetzeswidrigkeit".

5. K a p i t e l : 130

Die Beachtlichkeit der fehlerhaften Auflage; zugleich ein Teilbeitrag zum Problem des nichtigen Staatsaktes.

1.) Begriff und Bedeutung der Nichtigkeit von Staatsakten.	130
2.) Materiale Kriterien der Nichtigkeit im verwaltungsrechtlichen und im strafrechtlichen Bereich, insbesondere die Lehre von der Evidenz des Mangels.	132

2. H A U P T T E I L :

137

=====

6. K a p i t e l :

Rechtsgrundlage und Zulässigkeitsgrenzen der Auflagen,
Weisungen und Pflichten. (Besonderer Teil).

1. Abschnitt:

138

Die Auflage der Wiedergutmachung des durch die Tat
verursachten Schadens (§ 24 I S. 2 Nr. 1 StGB, § 15 I
Nr. 1 JGG).

I. Bindung des Strafrichters an das materielle
Zivilrecht.

138

II. Keine Bindung an das rechtskräftige Zivilurteil
im Schadensersatzprozeß.

143

2. Abschnitt:

149

Auflagen, die sich auf Ausbildung, Arbeit, Freizeit
oder Ordnung der wirtschaftlichen Verhältnisse beziehen;
insbesondere die Problematik des Berufsverbots.

I. Positive Arbeits- oder Berufsaufgaben.

149

II. Die besondere Problematik des Berufsverbots.

150

1.) Der Meinungsstand in Rechtsprechung und
Literatur.

150

2.) Die Lösung der rechtlichen Problematik.

153

a) Keine ausnahmslose "Sperrwirkung" des § 42
I StGB.

153

b) Auswirkung dieses Ergebnisses auf die Grund-
rechtsproblematik: Art. 12 II GG und § 24 I
S. 2 Nr. 2 StGB.

153

c) Zur Auslegung des Art. 12 I GG: Zulässig-
keit des Berufsverbots in jedem Fall.

154

3. Abschnitt:

158

Geldzahlungen als Auflagen.

I. Die höhenmäßige Begrenzung der Geldbuße nach § 24 I
Nr. 5 StGB.

160

	Seite
II. "Sperrwirkung" des § 24 I Nr. 5 StGB? Geldbuße, Zahlung der Geldstrafe, insbes. der Verfahrenskosten als Auflage?	164
<u>4. Abschnitt:</u>	171
Umfang und Grenzen der Einschaltung des Bewährungshelfers im Rahmen der Auflagen und W ^{is} isungen. (Die Problematik der sogenannten "Rahmenauflage").	
I. Die Unzulässigkeit der "Rahmenauflage" im Erwachsenenrecht.	173
1.) Die Rahmenauflage als einschneidender unzumutbarer Eingriff im Sinne des § 305 a I S. 2 StPO?	175
2.) Verfassungsrechtliche Bedenken: Art. 104, 103 II GG	176
3.) Umgehung zwingender Verfahrensvorschriften: §§ 453 I S. 2 StPO, 58 I S. 2, 67 JGG.	179
4.) Kriminalpolitische Zweckmäßigkeit der Rahmenauflage?	180
II. Die Unzulässigkeit der "Rahmenauflage" auch im Jugendkriminalrecht.	180
<u>5. Abschnitt:</u>	183
Ablieferung von Kraftfahrzeugen, Fahrverbot und freiwillige Hinterlegung des Führerscheins als Auflagen.	
I. Grundrechtsfragen:	184
1.) Subsumierbarkeit einer solchen Auflage unter § 24 I S. 2 StGB im Hinblick auf Art. 103 II GG?	184
2.) Verstoß gegen Art. 2 I GG?	186
3.) Verstoß gegen Art. 14 GG?	186
II. Fragen des Verhältnisses dieser Auflagen zu § 42 m StGB.	187
1.) Im Konkurrenzfalle Subsidiarität der Auflage.	188
2.) Die Frage der "Sperrwirkung" des § 42 m StGB.	188
III. Rechtliche Einzelfragen in diesem Bereich.	192
1.) Zulässigkeit von Mopedverboten etc.?	192

	Seite
2.) Strafsanktion des Verstoßes gegen diese Weisungen.	193
3.) Das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit.	194
<u>6. Abschnitt:</u>	195
Überblick über die wichtigsten der restlichen bekannt gewordenen Auflagen bzw. Aufragemöglichkeiten.	
I. Der Bereich des Erwachsenenstrafrechts.	195
1.) Auflagen bei der Strafaussetzung zur Bewährung und bei der bedingten Entlassung nach § 26 StGB.	195
a) Strafaussetzung zur Bewährung (§ 24 StGB):	195
aa) Weisungen hinsichtlich des Aufenthalts.	196
bb) Weisungen für Sittlichkeitsdelinquenten.	197
cc) Weitere Auflagen für Verkehrssünder.	198
dd) Auflagen zur Bekämpfung der Beleidigungskriminalität.	199
b) Bedingte Entlassung (§ 26 StGB).	200
2.) Die "besonderen Pflichten" nach § 42 h StGB.	201
a) Weisungen bei bedingter Entlassung aus der Heil- oder Pflegeanstalt.	202
b) Weisungen bei bedingter Entlassung aus der Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt.	202
c) Weisungen bei bedingter Entlassung aus dem Arbeitshaus.	202
d) Weisungen bei bedingter Entlassung aus der Sicherungsverwahrung.	203
II. Der Bereich der jugendrichterlichen "Weisungen" nach § 10 JGG.	204

3. H A U P T T E I L :
=====

Prozessuale Zweifelsfragen im Auflagenrecht.

7. K a p i t e l :

Die Anfechtung fehlerhafter Bewährungsauflagen
im Falle der Berufung gegen das Urteil.

I. Die Problematik.	207
II. Die Lösung.	208
1.) Die möglichen Auffassungen.	208
2.) Kritik dieser Auffassungen und Ergebnis.	209

8. K a p i t e l : 213

Das Verbot der Schlechterstellung im Auflagen-
recht. Analoge Anwendung des § 331 I StPO ?

I. Die Problematik. Stand der Diskussion.	213
II. Kritik der Argumente der herrschenden Auffassung:	215
1.) Zu arg. § 331 II StPO: Auflagen seien quasi "medizinische Heilmaßnahmen im wohlverstande- nen Interesse des Täters".	216
2.) Zu arg. § 331 I StPO: Das Verschlechterungs- verbot gelte nur für das "Urteil".	218
3.) Zu arg. § 24 III StGB: Auch das Berufungsge- richt müsse als Tatsacheninstanz die Auflagen ändern können.	219

S c h l u ß b e t r a c h t u n g . 222

Nahziel und Fernziel der vorliegenden Arbeit: Klärung
der rechtlichen Grenzen der Auflagen und systematische
Einordnung der "dritten Spur" in das Gefüge des Schuld-
Sühne-Strafrechts. -- Kriminalpolitische und rechtlich-
dogmatische Art der Betrachtung schließen einander nicht
aus, sondern ergänzen einander in methodologisch sinn-
voller Weise.

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s .

- de Asúa, Luis Jimenez: Nullum crimen, nulla poena sine lege, aus dem Spanischen übersetzt von G.Blau, ZStrW 63,166 ff.
- Baumann, Jürgen: Die Auflagenkataloge im Strafrecht (Weitere kritische Bemerkungen zur Beseitigung der Erfolgsrelevanz), GA 1958,193 ff.
- " " Strafrecht, Allg.Teil. Bielefeld 1960
- Baur,Fritz: Die Bewährungsaufgabe der Schadenswiedergutmachung und das Zivilrecht, GA 1957,338 ff.
- Becker, Walter: Das neue Jugendstrafrecht, Zugleich ein Bericht über den 9. Dt. Jugendgerichtstag in München, JR 1953, 411 ff.
- " " in: Rothe, Fritz - _____-Zimmermann, Georg - Seidel, Hans, Jugendschutz und Öffentlichkeit, 5.Beiheft zu UJ, München/Düsseldorf 1953
Zit.: Becker, Jugendschutz
- Bockelmann, Paul: Strafe und Erziehung, in: Festschrift für Julius v. Gierke, Berlin 1950, S. 27 ff.
- Bruns, Hans-Jürgen: Über Häufung und Auswahl konkurrierender Sicherungsmaßregeln (§ 42 n StGB), ZStrW 60,474 ff.
- " " Sicherungsmaßregeln und Verschlechterungsverbot, JZ 1954,730 ff.
- " " Die Strafaussetzung zur Bewährung. Ein Rückblick auf Rechtsprechung und Lehre seit dem Inkrafttreten der §§ 23 ff. StGB (n.F.), GA 1956,193 ff.
- " " Hellmer, Erziehung und Strafe, NJW 1958,1032 f.
- " " Rechtsgrundlage und Zulässigkeitsgrenzen strafrichterlicher Auflagen und Weisungen. Ungültigkeit der sozialtherapeutischen Generalklausel des StGB? GA 1959,193 ff.
- " " Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im StGB-Entwurf 1956. Rechtsdogmatische Gedanken zu kriminalpolitischen Problemen.ZStrW 71,210 ff.

- Bruns, Hans-Jürgen: Zur rechtsdogmatischen Problematik strafrichterlicher Auflagen, NJW 1959, 1393 ff.
- Burkhardt, Ehrenfried: Die rechtlichen Grenzen der Weisungen des Jugendgerichtsgesetzes, RdJ 1959, 177 ff.
- Cohnitz, Wolf-Günther: Zur Verfassungsmäßigkeit von Erziehungsmaßregeln im Jugendgerichtsgesetz. Stellungnahme zu dem vorhergehenden Aufsatz von Hellmer. RdJ 1955, 139 ff.
- Cordier, Franz: Kann die Zahlung einer Geldbuße zur Voraussetzung einer Einstellung nach § 153 Abs. 1 StPO gemacht werden? NJW 1957, 1789
- Dahm, Georg: Richtermacht und Gerichtsverfassung im Strafrecht, ZgStaatsW 101 (1941), 287 ff.
- " " Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit im Strafrecht der Gegenwart, in: Kohlrausch-Festschrift, Berlin 1944, S. 1 ff.
- Dalcke-Fuhrmann-Schäfer: Strafrecht und Strafverfahren. Eine Sammlung der wichtigsten Gesetze des Straf- und Ordnungsrechts und des Straf- und Bußgeldverfahrens mit Erläuterungen. 37. Auflage, Berlin 1961.
- Dallinger, Wilhelm: Die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung. II. Teil: Gerichtsverfassung und Strafverfahren, JZ 1953, 432 ff.
- " " Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, MDR 1957, 13 ff.
- Demski, Maria: Die Stellung des Richters bei der Anordnung der Bewährungsaussetzung nach den §§ 23, 24, 24 a StGB. Dissertation, Münster 1955.
(sh. auch Grasnick)
- " " Psychotherapeutische Behandlung als Bewährungsaufgabe, NJW 1958, 2100
- Dilcher, Hermann: Die Bewährungsaufgabe der Schadenswiedergutmachung im Verhältnis zur zivilrechtlichen Haftung, NJW 1956, 1346 f.

- Dreher, Eduard: in: _____-Maaßen, Hermann, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und den wichtigsten Nebengesetzen, 3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, München und Berlin 1959
Zit.: Dreher-Maaßen
- Drost, Heinrich: Das Ermessen des Strafrichters, Berlin 1930
- " " Das Ermessen des Strafrichters als Problem der Strafrechtsreform, NJW 1955, 1255 ff.
- Dürig, Günter: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR n.F. 42 (1956), 117 ff.
- " " in: Maunz, Theodor und _____, Kommentar zum Grundgesetz, 1. und 2. Lieferung 1958/59, München und Berlin 1958/59
- Eichler, Hans: Die Entlassung aus der Sicherungsverwahrung, BlGefKde 69 (1938), 265 ff.
- Engisch, Karl: Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg 1953
- Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung (abgeschlossen im Dezember 1956) mit Begründung, Bonn 1958
Zit.: E 1958 bzw. Amtl. Begründung
- Entwurf eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung zusammengestellt und überarbeitet vom Bundesministerium der Justiz, Bonn 1959
Zit.: Überarbeitete Fassung bzw. E 1958, überarbeitete Fassung
- Fräbel, Alfred: Besserungsarrest für jugendliche Rechtsverletzer, NJ 1958, 418 ff.
- " " Soll die Zweispurigkeit von Erziehungsmaßnahmen und Strafen im Jugendstrafrecht beibehalten werden? NJ 1959, 93
- Frey, Erwin R.: Strafrecht oder Soziale Verteidigung? SchweizZfStrR 68 (1953), 405 ff.

- Geerds, Friedrich: Gnade, Recht und Kriminalpolitik. Antrittsvorlesung an der Universität Kiel. Tübingen 1960. (Reihe: Recht und Staat in Geschichte u. Gegenwart, H.228/229)
- Geier, Friedr. Wilh.: in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, 20., völlig umgearbeitete Auflage, 1. Band Die Strafprozeßordnung, Berlin 1958. (Zu § 268 a StPO).
Zit.: Geier in Löwe-Rosenberg
- Göbel, Oswald: Grenzen jugendrichterlicher Weisungen, NJW 1954, 15 f.
- Grasnick, Maria: Die verfassungsrechtlichen Schranken der Auflagen nach § 24 StGB, NJW 1959, 1999 ff.
(sh. auch Demski)
- Grau, Fritz: _____ und Schäfer, Karl, Das Preussische Gnadenrecht, Berlin 1931
- " " Verwarnung mit Strafvorbehalt, in: Das kommende deutsche Strafrecht, herausgegeben von Gürtner, 2. Aufl., Berlin 1935, S. 183 ff.
- Grethlein, Gerhard: Jugendgerichtsgesetz, Berlin 1959
- Grunau: Die ersten Erfahrungen mit den gerichtlichen Entscheidungen zu § 26 StGB, SchlHA 1954, 42 ff.
- Händel, Konrad: Die Anwendung des § 24 I Ziff. 5 StGB in der Praxis, JR 1955, 377
- " " Strafaussetzung zur Bewährung und Kostenaufgabe, NJW 1957, 1018 ff.
- Hartung, Fritz: Fahrverbot als Bewährungsaufgabe, DRiZ 1958, 51
- Heinen, Bernhard: Der "Straf"-Aufsatz über die Jugendgerichtsverhandlung als Erziehungsmaßregel, UJ 1952, 75
- " " Das System der ambulanten Erziehung junger Rechtsbrecher in Deutschland, in: Neue Wege zur Bekämpfung der Jugendkriminalität, herausgegeben von der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen, Köln 1955, S. 149 ff.
Zit.: Heinen in: Neue Wege

- Heinitz, Ernst: Der Entwurf des Allgemeinen Teils eines StGB vom kriminalpolitischen Standpunkt aus, ZStrW 70,1 ff.
- " " Die Individualisierung der Strafen und Maßnahmen in der Reform des Strafrechts und des Strafprozesses. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 3.2.1960, Berlin 1960
- Hellmer, Joachim: Zur Verfassungswidrigkeit von Erziehungsmaßregeln im Jugendgerichtsgesetz, RdJ 1955,137 ff.
- " " Nochmals: Zur Verfassungswidrigkeit von Erziehungsmaßregeln im Jugendgerichtsgesetz, RdJ 1955,235 ff.
- " " Die rechtliche Stellung des Bewährungshelfers, RdJ 1955,383 ff.
- " " Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der Schlechterstellung, JZ 1956,714 ff.
- " " Wiedergutmachung und Strafe, AcP 155 (1956), 527 ff.
- " " Erziehung und Strafe. Zugleich ein Beitrag zur jugendstrafrechtlichen Zumessungslehre, Berlin 1957
- " " Die Strafaussetzung im Jugendstrafrecht. Versuch einer Grundlegung des Strafaussetzungsgedankens für die gerichtliche und fürsorgliche Praxis. Berlin-Spandau/Neuwied/Darmstadt 1959 (Reihe: Jugend im Blickpunkt)
Zit.: Hellmer, StrAJug.
- Hinrichsen, Kurt: Einzelfragen aus dem Jugendkriminalrecht (II), RdJ 1954,315 ff.
- Holzschuh, Karl: Auflagen und Weisungen im Jugendstrafrecht, JWohl 1952,157 ff.
- " " Erziehung und Strafe im deutschen Jugendstrafrecht, in: Bekämpfung der Jugendkriminalität, Arbeitstagung im Bundeskriminalamt Wiesbaden vom 1. November bis 6. November 1954 über die Kriminalität der Jugendlichen und Heranwachsenden, Wiesbaden 1955, S.147 ff.
Zit.: Holzschuh, Referat

- Lange, Richard: Grundfragen der deutschen Strafrechtsreform, SchweizZfStrR 70 (1955), 373 ff.
- " " in: Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, a.a.O.
- Lindemann, Wilfried: Bewährung und Bewährungshilfe im deutschen Strafrecht, Dissertation, Köln 1957
- Lorenz, Max: Die bedingte Verurteilung und die bedingte Entlassung, JR 1949, 393 ff.
- " " Fahrverbot als Bewährungsauflage § 24 StGB? DRiZ 1957, 217
- Luther, Gerhard: Zur Nichtigkeit von Strafurteilen, insbesondere im Jugendrecht, ZStrW 70, 87 ff.
- " " Der V. Internationale Jugendrichterkongreß und der V. Kongreß für Soziale Verteidigung, JZ 1959, 69 f.
- Malaniuk, Wilhelm: Wandel der Straferichtbarkeit, ÖJurBl 1958, 322 ff.
- Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht, Ein Studienbuch, 9., Neubearb. Aufl., München und Berlin 1959
- Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, 2., erweiterte und verbesserte Aufl., Karlsruhe 1958
Zit.: Maurach I
- Meng, Hellmut: Bewährungsaufgaben -- Schema oder Wegbereitung? ZBlJugR 1954, 64 ff.
- " " Bewährungsaufgaben in ihrer kriminalpädagogischen Bedeutung, BewH 1954, 69 ff.
- Messner, Richard: Anmerkung zu BGH UJ 1955, 131, a.a.O. 133
- Meyer, Wendelin: Kostenzahlung als Bewährungsaufgabe im Jugendstrafrecht, NJW 1957, 371
- Mezger, Edmund: Strafrecht I, Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, 9., Neubearb. Aufl., München und Berlin 1960
- Middendorff, Wolf: Zur Verfassungsmäßigkeit von Erziehungsmaßregeln im Jugendgerichtsgesetz, Stellungnahme zu dem vorhergehenden Aufsatz von Hellmer, RdJ 1955, 141 ff.

- Middendorff, Wolf: Jugendkriminologie, Ratingen bei Düsseldorf 1956
- " " Die Auswahl der Maßnahmen und die Verhängung von Strafe im deutschen Jugendstrafrecht, MonKrim 1958, Sonderheft zum V. Internat. Kongreß für Soziale Verteidigung v. 25. - 31.3. 1958 in Stockholm, S. 14 f.
Zit.: Middendorff, Referat
- " " Strafrecht oder Soziale Verteidigung? RdJ 1958, 241 ff.
- Mittelbach, Hans: Die bedingte Entlassung (§ 26 StGB), JR 1956, 165 ff.
- Müller, Hermann: in: Kleinknecht, Theodor - _____, Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, a.a.O. (Zu §§ 305 a, 331 StPO).
Zit.: Müller KM
- Müller, K.F.Wilhelm: Zur Verfassungsmäßigkeit von Erziehungsmaßregeln im Jugendgerichtsgesetz, Stellungnahme zu dem vorhergehenden Aufsatz von Hellmer, RdJ 1955, 143 ff.
- Niese, Werner: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt.6-9), JZ 1957, 707 ff.
- Nowakowski, Friedrich: Strafgesetzbuch und Strafvollzugsreform, Vortrag vor der Vereinigung sozialistischer Juristen in Wien, ÖJurBl 1958, 193 ff.
- Pentz, Adolf: Ist die Entziehung der Fahrerlaubnis bei Anwendung des Jugendgerichtsgesetzes möglich? NJW 1954, 337
- " " Nochmals: Die Bewährungsaufgabe der Schadenswiedergutmachung, NJW 1956, 1867
- " " Ist die Auflage, den Anweisungen eines Bewährungshelfers zu folgen, zulässig? NJW 1958, 1768 f.
- Peters, Karl: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen, Berlin 1932
Zit.: Peters, KrimSt.
- " " Verwarnung mit Strafvorbehalt, DStrR 1934, 310 ff.

Peters, Karl:

Der deutsche Strafprozeß, Karlsruhe
1952

" "

In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen StGB zu regeln? (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen?) Gutachten zum 41. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentags, Bd. 1, 2. Halbband, Tübingen 1955 Zit.: Peters, Gutachten

" "

Anmerkung zu BGH JZ 1957, 63, a.a.O., 64 ff.

" "

Literaturbericht, Jugendstrafrecht. ZStrW 71, 292 ff.

Potrykus, Gerhard:

Theorie und Praxis der "Erziehung in Freiheit", UJ 1954, 437 ff.

" "

Weitere Zweifelsfragen zum neuen JGG (I. Grenzen der Weisungen), NJW 1954, 821

" "

Zur Geldauflage (§ 15 I Nr. 3 JGG), UJ 1954, 287 ff.

" "

Die Entziehung der Fahrerlaubnis gegenüber Jugendlichen und Heranwachsenden, MDR 1955, 72 ff.

" "

Zur Verfassungsmäßigkeit von Erziehungsmaßnahmen im JGG, Stellungnahme zu dem vorhergehenden Aufsatz von Hellmer, RdJ 1955, 145 ff.

" "

Das Verbot der reformatio in peius und das Jugendstrafrecht, NJW 1955, 929 ff.

" "

Kommentar zum JGG mit ergänzenden Gesetzen, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften auf dem Gebiete des Jugendstrafrechts, der Jugendhilfe und des strafrechtlichen Jugendschutzes, 4., neubearb. und vermehrte Auflage, Darmstadt, Nürnberg, Düsseldorf, Berlin, Frankfurt a.M. 1955

" "

Holzschuh, "...aber Ihr klagt uns an!" RdJ 1958, 96

" "

dasselbe, NJW 1958, 623 f.

- Potrykus, Gerhard: Der Entwurf des Allgemeinen Teils eines StGB und das Jugendstrafrecht, RdJ 1958, 245 ff.
- " " Schuldstrafrecht und Erziehungsstrafrecht. Zu § 2 des StGB-Entwurfes der Großen Strafrechtskommission, RdJ 1959, 65 ff.
- Preiser, Wolfgang: Das Recht zu strafen, in: Mezger-Festschr. München und Berlin 1954, S. 71 ff.
- Quadt, Theo: Zur rechtlichen Stellung des Bewährungshelfers. Eine Erwiderung auf die Ausführungen von Joachim Hellmer S.383, RdJ 1956, 164
- Reiche: Fahrverbot als Bewährungsauflage nach § 24 StGB, DRiZ 1957, 140 f.
- " Fahrverbot als Bewährungsauflage, DRiZ 1957, 306
- Renneberg und Weber: Die Bonner "große Strafrechtsreform", -- ein reaktionäres Kampfprogramm des westdeutschen Imperialismus und Militarismus gegen das Volk (Schluß), NJ 1959, 174
- Riedel, Wolfgang: Auflagen im allgemeinen Strafrecht, Jugendstrafrecht und im Gnadenrecht und ihre Grenzen in erzieherischer und rechtlicher Hinsicht, Dissertation, Hamburg 1955
- Röhl, Hellmut: Die Nennung des eingeschränkten Grundrechts nach Art. 19 Abs. 1 S.2 GG, AöR n.F. 42 (1956), 195 ff.
- Sax, Walter: Kriminalpolitik und Strafrechtsreform, JZ 1957, 1 ff.
- " " Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, in Verbindung mit Otto Bachof u.a. herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 3.Band/2.Halbband: Rechtspflege und Grundrechtsschutz, Berlin 1959, S.909 ff.
Zit.: Sax, Grundsätze
- Schäfer, Karl: Grau, Fritz und _____, Das Preußische Gnadenrecht, Berlin 1931
- Schäfer, Walter: in: Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, a.a.O. (Zu § 453 StPO).
- Schaffstein, Friedrich: Die einzelnen Maßnahmen zur Bekämpfung der Jugendkriminalität, in:

Holzschuh, Karl:

Die Praxis der ambulanten Erziehung junger Rechtsbrecher in Deutschland, in: Neue Wege, a.a.O., S. 165 ff.
Zit.: Holzschuh in: Neue Wege

" "

"...aber Ihr klagt uns an!" Ein Jugendrichter erzählt. Frankfurt a.M. 1957

Jagusch, Heinrich:

in: Strafbuch (Leipziger Kommentar), 8., neu bearbeitete Auflage, 1. Band, Einleitung und §§ 1 - 152, Berlin 1957. (Zu §§ 2, 23 ff., 42 h StGB, §§ 5 ff. JGG).
Zit.: Jagusch LK

" "

Anmerkung zu LM Nr. 3 zu § 24 StGB

Jescheck, Hans-Heinrich:

Die Entschädigung des Verletzten nach deutschem Strafrecht, JZ 1958, 591

" "

Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen (BGHSt. Bände 8, 9), GA 1958, 1 ff.

Kaufmann, Armin:

Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der reformatio in peius, JZ 1958, 297 ff.

Kaufmann, Arthur:

Zur Rechtsmittelbeschränkung in Jugendstrafsachen, JZ 1958, 9 ff.

Kaufmann, Hilde:

Hellmer, Erziehung und Strafe, FamRZ 1958, 150 f.

Kellner;

Schuld und Sühne jugendlicher Verkehrssünder, UJ 1954, 471 f.

Kirchhoff, Hans:

Der Besinnungsaufsatz als Erziehungsmaßnahme des Jugendrichters, UJ 1952, 273 f.

Klein, Friedrich:

in: v. Mangoldt, Hermann, Das Bonner Grundgesetz, 2., neubearb. und vermehrte Auflage von _____, Band I, Berlin und Frankfurt a.M. 1957

Kleinknecht, Theodor:

_____ - Müller, Hermann, Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 4., neubearb. und erweiterte Auflage, Darmstadt, Nürnberg, Düsseldorf, Berlin 1958 (zu § 268 a StPO).
Zit.: Kleinknecht KM

Knetsch:

Anmerkung zu IG Wiesbaden DRPfl. 1958, 266 f.

- Knögel, Walter: Jugend, Jugendrichter und Jugendkriminalität, NJW 1958, 609 ff.
- " " Grundsätzliches zum praktischen Jugendstrafrecht, RdJ 1958, 296 ff.
- Kohlrausch-Lange, Strafbgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 42. Auflage, neubearb. von Richard Lange, Berlin 1959
- Kroschel-Dörner, Die Abfassung der Urteile in Strafsachen, 19. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M., 1960
- Krüger, Herbert: Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl. 1950, 625 ff.
- Krüger, Hildegard: Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis. (Zugleich eine Besprechung des GG-Kommentars von v. Mangoldt-Klein, 1. Lieferung, 1955), ZBR 1956, 309 ff.
- " " Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, FamRZ 1956, 329 ff.
- Krumme, Elisabeth: Anmerkung zu LM Nr. 4 zu § 24 StGB
- Küchenhoff, Günter: Zur Entziehung der Fahrerlaubnis gegenüber Jugendlichen, FamRZ 1954, 70 ff.
- Kümmerlein: Das neue RJGG, DJ 1943, 529 ff.
- Lackner, Karl: Die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung, JZ 1953, 428 ff.
- " " in: Dallinger, Wilhelm und _____, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1955
Zit.: Dallinger-Lackner
- Lang-Hinrichsen, Dietrich: Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform. Gutachten für den 43. Dt. Juristentag. In: Verhandlungen des 43. Dt. Juristentages, Bd. I (Gutachten), 3. Teil B, Tübingen 1960
Zit.: Lang-Hinrichsen, Gutachten
- Lange, Richard: Das 3. Strafrechtsänderungsgesetz (Strafrechtsbereinigungsgesetz), NJW 1953, 1161 ff.
- " " Die Systematik der Strafdrohungen, in: Mat. I, S. 69 ff.

- (Schaffstein, Friedrich:) MonKrim 1958, Sonderheft a.a.O., S. 25 ff.
Zit.: Schaffstein, Referat
- " " Jugendstrafrecht, Eine systematische Darstellung, Stuttgart 1959
- Schenck, B. von: Schwächen der Strafaussetzung in der gerichtlichen Praxis, NJW 1959, 1812 ff.
- Schlothheim, Hans-Hartmann Frh. von: Biographie oder Strafurteil? Gedanken zur Aufgabe des Jugendrichters, die Rechtsordnung zu vollziehen, RdJ 1955, 153 ff.
- " " Noch einmal: Grundsätzliches zum praktischen Jugendstrafrecht, Stellungnahmen zu dem Beitrag von Walter Knögel in RdJ 1958, 296 ff., a.a.O., 346 ff.
- Schmidt, Eberhard: Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II: Erläuterungen zur Strafprozeßordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung, Göttingen 1957
Zit.: Eb. Schmidt, Lehrkommentar II
- Schmitt, O.H.: Anmerkung zu BayObLG NJW 1956, 1728 Nr. 21
- Schneble: Gerichtskostenzahlung als Bewährungsaufgabe nach § 24 StGB, DRiZ 1955, 162 f.
- Schnitzerling, Manfred: Gedanken zur Behandlung der von Jugendlichen und Heranwachsenden begangenen Verkehrsdelikte, DAR 1956, 96 ff.
- " " Die jugendrichterliche Weisung gegenüber Verkehrsdelinquenten, DAR 1956, 124 f.
- " " Die zeitliche Begrenzung der jugendrichterlichen Weisung, RdJ 1956, 222
- " " Von den Bewährungsauflagen und den Grenzen richterlicher Zuständigkeit, besonders aus verkehrsstrafrechtlicher Sicht, MDR 1957, 201 ff.
- " " Die unterschiedliche Stellung des Bewährungshelfers im Jugend- und im Erwachsenenstrafrecht, ZBlJugR 1957, 297 ff.

- Schnitzerling, Manfred: Noch einmal: Grundsätzliches zum praktischen Jugendstrafrecht, Stellungnahmen zu dem Beitrag von Walter Knögel, in RdJ 1958, 296 ff., a.a.O., 346 f.
- " " Die Rechtssituation der Bewährungshilfe in der Bundesrepublik Deutschland und im Lande Berlin, in: Middendorff, Wolf - Jung, Hermann, Praktische Bewährungshilfe, Ein Grundriß für die sozialpädagogische Ausbildung..., Berlin-Spandau 1958, S. 25 ff.
Zit.: Schnitzerling, Prakt. Bewährungshilfe
- " " Die Schadenswiedergutmachung im Strafrecht, DAR 1959, 201 ff.
- " " Die Schadenswiedergutmachung im Jugendstrafrecht, RdJ 1959, 260 f.
- Schröder, Horst: Bedingte Verurteilung, NJW 1952, 6 ff.
- " " In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln? (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)? Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag, erstattet von _____, in: Verhandlungen, a.a.O., S. 57 ff.
Zit.: Schröder, Gutachten
- " " in: Strafgesetzbuch, Kommentar, begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von _____, 9. neubearb. Aufl., München und Berlin 1959
- Schultz, Hans: Die kriminalpolitische Bedeutung der Strafaussetzung zur Bewährung (Bericht über schweizerische Erfahrungen), BewH 1957, 3 ff.
- Schwarz, Otto: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, Beck'sche Kurzkommentare Band 10, 22., neubearb. Auflage, München und Berlin 1959
- " " Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze, von _____ unter Mitwirkung von Günter Schwarz +, 21., neubearb. Auflage, München und Berlin 1959
- Stolzenburg: Die Entlassung aus der Sicherungsverwahrung in: Dringende Fragen der Sicherungsverwahrung, Berlin 1938, S. 83 ff.

- Stree, Walter: Deliktsfolgen und Grundgesetz. Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen. Tübingen 1960
- Trapp, Erwin: Kann die Einstellung nach § 153 I StPO von der Zahlung einer Geldbuße abhängig gemacht werden? NJW 1958, 292 ff.
- Vins, Wilhelm: Weisungen und Pflichten. Von den Grenzen richterlicher Freiheit und Verantwortung, UJ 1955, 97 ff.
- Wahl, Alfons: Neue Wege der Kriminalpolitik, BewH 1954, 11 ff.
- Weber, Hellmuth von: Kriminalpolitik und Strafrechtsreform, in: Kriminalpolitische Gegenwartsfragen, Herausgeber: Bundeskriminalamt, Wiesbaden 1959, S. 17 ff.
Zit.: v. Weber, Referat
- Welzel, Hans: Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, in: Kohlrausch-Festschrift Berlin 1944, S. 101 ff.
- " " Auf welche Bestandteile einer Strafvorschrift bezieht sich der Satz: nulla poena sine lege? JZ 1952, 617 ff.
- " " Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 6. Aufl., Berlin 1958
- Wernicke: in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Zu Art. 2, 19, 20 GG)
- Wolff, Ernst: Tagung der Strafrechtslehrer in Erlangen, Bericht, JZ 1959, 449 ff.
- Württemberg, Thomas: Zur Einführung der Bewährungshilfe im Jugendstrafrecht, ZBlJugR 1954, 245 ff.
- " " Über die Rechtsnatur der Bewährungshilfe im Strafrecht, MDR 1955, 9 ff.
- " " Die Zuständigkeit der Jugendgerichte oder Verwaltungsbehörden in der Jugendkriminalrechtspflege, dargestellt am Beispiel des geltenden Rechts, MonKrim 1958, Sonderheft, a.a.O., S. 48 ff.
Zit.: Württemberg, Referat

A n m e r k u n g :

Einmalig zitierte oder im Zusammenhang der vorliegenden Arbeit nur am Rande interessierende Beiträge sind hier nicht noch einmal aufgeführt.

Verzeichnis der Abkürzungen:

BewH	Bewährungshilfe
BK	Bonner Kommentar zum GG
BlGefKde	Blätter für Gefängniskunde
BMJ	Bundesministerium der Justiz
DAR	Deutsches Autorecht
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz (Rechtspflege und Rechtspolitik), Amtl. Blatt der Deutschen Rechtspflege
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRPfl	Der deutsche Rechtspfleger
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DStrR	Deutsches Strafrecht (Fortsetzung von Goltdammers Archiv)
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EJF	Entscheidungen aus dem Jugend- und Familien- recht, Verlag Steinebach, München
E 1927	Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafge- setzbuchs 1927 (Nachdruck), in: Mat. IV, Bonn 1954
E 1930	Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafge- setzbuchs 1930 (Entwurf Kahl) (Nachdruck) in: Mat. V, Bonn 1954
E 1958	Entwurf des Allgemeinen Teils eines StGB, Bonn 1958
FamRZ	Ehe und Familie (Familienrechtszeitschrift)
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
JMB1.	Justizministerialblatt
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JWohl	Jugendwohl, Katholische Zeitschrift für Kinder- und Jugendfürsorge, Lambertus-Verlag, Freiburg i.Br.
JZ	Juristenzeitung
Lb.	Lehrbuch
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
KM	Kleinknecht-Müller, Kommentar zur StPO

KrimSt.	Peters, Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters...
Mat. I	Materialien zur Strafrechtsreform, Band 1: Gutachten der Strafrechtslehrer, Bonn 1954
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MonKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
Niederschriften I, III	Nied. über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1. Band: Grundsatzfragen, Bonn 1956 3. Band, Allgemeiner Teil, Bonn 1958
NJ	Neue Justiz
ÖJurBl	Juristische Blätter (österreichische)
RdJ	Recht der Jugend
Rpfl.	Der deutsche Rechtspfleger (sh. auch DRpfl)
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchweizZfStrR.	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Revue pénale Suisse
StrAbh.	Strafrechtliche Abhandlungen, begründet von Prof. Dr. Hans Benecke
UJ	Unsere Jugend
VerwRspr.	Bauer (später Ziegler): Verwaltungsrechtssprechung in Deutschland
VRS	Verkehrsrechtssammlung
VVdStL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
ZBlJugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, Organ des Deutschen Instituts für Vormundschaftswesen, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZgStaatsW	Zeitschrift für die gesamte Staatsrechtswissenschaft
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Im übrigen sind die allgemein gebräuchlichen Abkürzungen verwendet.

E i n l e i t u n g :

Situation und Aufgabe.

1.) Bewährungsauflagen finden sich im geltenden Strafrecht bei der Strafaussetzung zur Bewährung (§ 24 StGB), bei der bedingten Entlassung (§ 26 StGB) sowie bei der bedingten Aussetzung einer Unterbringung (§ 42 h StGB). Der E 1958 sieht in seinen §§ 77, 78, insbesondere aber auch in den Bestimmungen über die Sicherungsaufsicht und die Ausgestaltung der Maßregelaussetzung im 5. Titel des 4. Abschnitts eine ganz erhebliche Erweiterung des Anwendungsbereichs derartiger Maßnahmen vor. Diesen "Auflagen", "Weisungen" oder "Pflichten" sind gegenüber den Strafen und den herkömmlichen Maßregeln manche Eigentümlichkeiten gemeinsam, von denen die vorzugsweise Zielsetzung der Resozialisierung, die fehlende Vollstreckbarkeit, die Möglichkeit ihrer nachträglichen Anordnung, Abänderung oder Aufhebung und nicht zuletzt auch ein mehr äußerliches Kennzeichen, die gesetzliche Generalklausel, hervorzuheben sind. Mit solchen Kriterien rücken diese Maßnahmen in die Nähe der "Weisungen" und "besonderen Pflichten" des Jugendkriminalrechts (§§ 10, 15, 23, 29 S.2 JGG), mit denen sie folglich nicht nur den Namen, sondern in wesentlichen Punkten auch den sachlichen Gehalt und damit die kriminalpolitische und rechtliche Problematik teilen. Bereits in dieser auf den ersten Blick festzustellenden Ähnlichkeit zu den Maßnahmen eines "Rechtsgebietes mit eigenen (d.h. anderen) Regeln für die wissenschaftliche und praktische Fortbildung" ¹⁾ deutet sich bereits etwas an, was durch die folgenden Untersuchungen seine Bestätigung erfahren wird, nämlich eine kriminalpolitische Neuorientierung des Erwachsenenstrafrechts von ganz grundsätzlicher Bedeutung ²⁾.

1) Amtl. Begr. S. 18

2) B r u n s GA 1956,194; 1959,199; NJW 1959,1393;
B a u r GA 1958,345 f.

In der Tat ruhen auf diesen "Auflagen" ³⁾ die größten kriminalpolitischen Hoffnungen. Seit Einführung der Strafaussetzung zur Bewährung durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz im Jahre 1953 werden die Bewährungsauflagen als das "Kernstück" dieser neuen Einrichtung angesehen ⁴⁾ -- ja, diese selbst wird kriminalpolitisch erst durch die Auflagen recht verständlich. Besonders H e l l m e r ⁵⁾ hat im Anschluß an L a n g e ⁶⁾ mit Recht betont, daß der Hemmungsgedanke, der nach dem Motto: "Einmal ist keinmal; du mußt ins Gefängnis, du brauchst aber nicht ins Gefängnis", die Strafaussetzung als eine (reine) Vergünstigung auffaßt, kriminalpolitisch ein Widersinn ist, daß vielmehr allein der "Umwandlungsgedanke" eine befriedigende Erklärung für das kriminalpolitische Phänomen der Strafaussetzung zu geben vermag. Der Ausgleich der verletzten Rechtsordnung, der in dem die rechtliche Mißbilligung der Tat enthaltenden Strafausspruch zugleich vom Täter gefordert wird, soll nur eben nicht mehr durch die kriminalpolitisch schädliche kurzfristige Freiheitsstrafe, sondern unter Ansatz an die positiven Anlagen des Täters durch Aktivierung seiner Eigenkräfte vollzogen werden. In diesem Sinne meint auch z.B. v. W e b e r ⁷⁾, die Auflagen könnten erst die Strafaussetzung er-

-
- 3) Wenn im folgenden von "Auflagen" die Rede ist, so sollen darunter regelmäßig auch die "Weisungen" im Sinne des E 1958 sowie die "besonderen Pflichten" nach § 42 h StGB verstanden werden.
- 4) Aus der reichen Literatur vgl. nur B r u n s GA 1956, 209; 1959, 200 ff. u. passim; L a n g e in SchweizZfStrR 70, 393 u. Kohlr.-Lange II 8 vor §§ 23-26; § 24 Anm. I; L a c k n e r ZStrW 66, 77.; S c h r ö d e r NJW 1952, 10; W e l z e l Lb. S. 220.
- 5) JZ 1956, 714, der a.a.O., S. 715 Anm. 17 im übrigen auch die einzige dogmatisch befriedigende Erklärung für die Möglichkeit des Absehens von Auflagen gibt, aber auch P e t e r s, Grundprobleme der Kriminalpädagogik, Berlin 1960, S. 198.
- 6) Insbes. in NJW 1953, 1163 und SchweizZfStrR 70, 383; Kohlr.-Lange § 24 Anm. I; vgl. auch neuerdings L a n g - H i n r i c h s e n, Gutachten, S. 79 f.
- 7) Referat, a.a.O., S. 24. Vgl. auch L a c k n e r JZ 1953, 430 f.

möglichen, ohne den Ausgleichscharakter der Strafe zu beeinträchtigen. Die Aussetzung der Vollstreckung ist nicht mehr Selbstzweck, sondern nur Ausgangspunkt für die eigentlichen Maßnahmen, dem Versuch der aktiven Resozialisierung des Täters durch die Auflagen⁸⁾. --- Auch bei der bedingten Entlassung⁹⁾, insbesondere bei der Aussetzung einer Unterbringung^{10) 11)}, waren die Auflagen von jeher nicht als "Anhängsel" gedacht, sondern erfüllten angesichts der Schwierigkeit der Wohlverhaltensprognose¹²⁾ die bedeutsame Aufgabe, zwischen dem harten Entweder-Oder der Anordnung oder Versagung der Entlassung entscheiden zu helfen. Der E 1958 verleiht diesem Gedanken sichtbaren Ausdruck, indem er die Aussetzung von Maßregeln der Besserung und Sicherung von Anfang an ermöglicht und damit das Subsidiaritätsproblem von der Ebene der Anordnung auf die der Vollstreckung verschiebt, wobei das "Risiko der schwächeren Maßnahme" für die Allgemeinheit durch die Weisungen so verringert werden kann, daß es überhaupt erst tragbar erscheint. Wenn diese

8) Es entspricht ganz dieser Konzeption, wenn prozeßrechtlich Kleinknecht in KM § 244 Anm. 2 b zu den "materiell-rechtlich erheblichen Tatsachen", für die die Regeln des Strengbeweises nach den §§ 244 - 256 StPO gelten, neben den "Strafzumessungstatsachen" auch diejenigen Tatsachen zählt, die für die Bestimmung der Auflagen bedeutsam sind.

9) Vgl. § 83 II Nr.2 E 1958 u. Amtl. Begr. S.81; ähnlich Kohlr.-Lange III 2 vor § 23, so auch schon Mittelebach JR 1956,167.--- Ebenso wurde stets betont, daß sich die Wohlverhaltensprognose, welche die Strafaussetzung (von Anfang an) ermöglichen soll, wesentlich auf die zu erwartende Einwirkung der Auflagen gründet; vgl. Niese JZ 1957,707 (zu BGHSt.8,182); Kohlr.-Lange § 23 Anm.IV; Dallinger-Lackner § 21 N 4.

10) Eichler BlGefKde 69,272 f.

11) Vgl. allerdings auch OLG Frankfurt NJW 1957,1684, wonach auch bei Berücksichtigung der im Falle der bedingten Entlassung (aus der Heil- oder Pflegeanstalt) in Frage kommenden Auflagen an die Entlassungsprognose strenge Anforderungen zu stellen sind.

12) Dazu Bruns JZ 1958,647 ff., insbes.a.a.O. S.650 u. Anm. 28.

Änderung des geltenden Rechts für die (entschlosseneren) Handhabung des gesamten Maßregelrechts schlechthin entscheidende Bedeutung erlangen wird ¹³⁾, so ist dies in erster Linie auf die Möglichkeit der Erteilung von "Weisungen" zurückzuführen.

Damit läuft die kriminalpolitische Entwicklung ganz parallel zu derjenigen, die sich im Jugendkriminalrecht bereits seit dem Jugendgerichtsgesetz von 1923 angebahnt hat und die im JGG vom 4. August 1953 zu einem vorläufigen Abschluß gelangt ist. In diesem Rechtsgebiet ist die Bedeutung, die der Gesetzgeber der Einwirkung der Strafaussetzung zur Bewährung beimißt, schon rein äußerlich an der auf ein Jahr erhöhten Grenze für die Aussetzungsfähigkeit der (Jugend)strafe ersichtlich. Die Bedeutung der "Weisungen" und "Pflichten" als solcher ergibt sich bereits aus der Subsidiaritätsbestimmung des § 5 JGG ¹⁴⁾. Es ist nur eine folgerichtige Weiterführung der dieser Regelung zugrunde liegenden Idee, wenn das Gesetz in § 45 JGG den Vorrang des Erziehungsgedankens bis zur "Subsidiarität des Jugendstrafverfahrens" ¹⁵⁾ überhaupt vorantreibt. Im Erwachsenenrecht sind auch diese Gedanken bereits aufgegriffen ¹⁶⁾, im Ergebnis allerdings zu Recht abgelehnt worden ¹⁷⁾.

Die Erkenntnis dieser gar nicht zu überschätzenden kriminalpolitischen Bedeutung jener Maßnahmen führte in der wissenschaftlichen Diskussion geradezu zu der Feststellung,

13) B r u n s ZStrW 71, 231 f.

14) Schließlich erfahren die Erziehungsmaßregeln und Zuchtmittel des JGG noch eine Sonderbehandlung im Rahmen des § 15 StFG 1954 (dazu P o t r y k u s § 16 Bem. 2). Auch ist der Erlaß von Erziehungsmaßregeln im Gnadenwege nicht statthaft (P o t r y k u s § 9 Bem. 6).

15) Vgl. Dallinger- L a c k n e r § 45 N. 7 im Anschluß an P e t e r s, Strafprozeß, S. 484; P o t r y k u s § 45 Bem. 2. -- Auch bei Verbrechen besteht kein Anklagezwang!

16) C o r d i e r NJW 1957, 1789

17) T r a p p NJW 1958, 292

das moderne Kriminalrecht sei mit ihrer Einführung im großen Stil "dreispurig" geworden: Es arbeite gewissermaßen mit Strafen, Maßregeln und Auflagen, und in den meisten Fällen seien es sogar nur die Auflagen, die effektiv "vollstreckt", d.h. unter Aufsicht des Gerichts vom Täter durchgeführt wurden¹⁸⁾. Es liegt freilich auf der Hand, daß es sich hierbei formell nicht um eine neue "Spur" im Sinne der überkommenen Terminologie handeln kann, durch die gemeinhin das Wesen der Reaktion auf zurückliegende Tatschuld einerseits, zukunftsbezogene Tätergefährlichkeit andererseits symbolisiert wird, sondern nach der gesetzlichen Konstruktion eben um Modalitäten der Durchführung des Straf- oder Maßregelausspruchs¹⁹⁾. Allenfalls könnte man noch bei den "Weisungen" und "besonderen Pflichten" des Jugendkriminalrechts von einer "dritten Spur" sprechen. Aber der Vorteil dieser Begriffsbildung liegt ja, wie B r u n s²⁰⁾ zu Recht betont, nicht darin, daß daraus etwa unmittelbare dogmatische Folgerungen gezogen werden könnten. Die bildliche Ausdrucksweise ist vielmehr bloß ein gedankliches Hilfsmittel für die Erkenntnis, daß es hier über Einzelfragen hinaus im letzten Grunde um die Ansätze solcher Erscheinungen wie der Verwirklichung der Ziele der Défense Sociale²¹⁾, verbunden mit einer Verschiebung der Stellung des Strafrichters bis hin zum "Sozialarzt"²²⁾, mithin um Grundfragen unseres deutschen Strafrechts schlechthin geht.

18) So v.a. B r u n s GA 1959,199 f. mit Nachw.; ferner NJW 1959,1394 u. ZStrW 71,233; vgl. auch G e e r d s , Gnade, S. 18 f.

19) Vgl. D r e h e r - Maaßen § 23 Anm. 1.

20) Vgl. GA 1959,209, ferner NJW 1959,1395.

21) Statt aller vgl. dazu F r e y in SchweizZfStrR 68, 405 ff., ferner M a l a n i u k , ÖJurBl. 1958,324 u. neuerdings H e i n i t z , Individualisierung, passim.

22) Diesen Gesichtspunkt hat v.a. B r u n s hervorgehoben; vgl. etwa NJW 1958,1032; 59,1394; ZStrW 71,213 und insbes. GA 1959,204 f., 228. Vgl. auch v. S c h l o t - h e i m RdJ 1955,153 ff.

2.) Kehrt man allerdings von diesem kriminalpolitischen Höhenflug des Gesetzgebers auf den Boden der Rechtswirklichkeit zurück, so bietet sich hier ein Bild, das zu der mit den Auflagen angestrebten Neuorientierung des Kriminalrechts in einem gewissen auffälligen Gegensatz steht. Obwohl genaue statistische Angaben fehlen, läßt sich doch die Feststellung treffen, daß die Gerichte in der Mehrzahl der Fälle die Strafvollstreckung aussetzen, ohne Auflagen zu erteilen. Soweit aber Auflagen gemacht werden, nehmen die Wiedergutmachung und das Erfüllen von Unterhaltungspflichten einen breiten Raum ein, also beides Auflagen, die als kriminalrechtliche Sanktionen im eigentlichen Sinn kaum angesprochen werden können. Was in der Praxis an Auflagen noch Bedeutung besitzt, ist die -- wie sich noch zeigen wird ²³⁾ -- in mannigfacher Hinsicht problematische Geldbuße ²⁴⁾. Im Jugendkriminalrecht ist die Lage nicht viel besser. Überall dort, wo die schwersten und nur im äußersten Falle anzuwendenden Maßnahmen der Jugendstrafe und der Fürsorgeerziehung nicht in Betracht kommen, herrschen die Zuchtmittel der Verwarnung und des Jugendarrestes, ferner die Erziehungsmaßregel der Schutzaufsicht vor, wenn man von den "bewährten" Geldbußen ²³⁾, zu denen allenfalls die Weisungen nach § 10 I Nr. 4 JGG treten, einmal absieht. Die Handhabung dieser Maßnahmen läßt weitgehend einen den Grundsätzen des Jugendkriminalrechts widersprechenden Schematismus erkennen ²⁵⁾.

Diese Klagen verwundern nicht weiter, wenn man bedenkt, daß diese -- den Intentionen des Gesetzgebers zuwiderlaufende -- Zurückhaltung der Praxis das Recht der sichernden und bessernden Maßregeln seit dessen Anfängen begleitet. Ebenso wie die Unsicherheit des Maßregel-Richters bekanntlich nicht zuletzt auf den Mangel an "dogmatischer Substanz"

23) Vgl. unten in Kap.6, 3.Abschnitt.

24) So z.B. die Klagen von Armin Kaufmann JZ 1958, 298; Hellmer JZ 1956, 715 u.Anm.17 u.StrAJug., S.52 FN.3; hinsichtlich der Auflagenpraxis bei der bedingten Entlassung nach § 26 StGB auch Mittelbach JR 1956, S.169, um nur einige wenige zu nennen.

25) Vgl. Holzschuh JWohl 1952, 157; Potrykus Vorbem.vor § 9; Dallinger-Lackner § 10 N.20; Burkhardt RdJ 1959, 177, endlich Fräbel NJ 1958, 419.

zurückzuführen ist ²⁶⁾, so ist es bis zu einem gewissen Grade verständlich, wenn sich unsere Strafrichter angesichts einzelner -- oft in den Tageszeitungen groß aufgemachter -- "aparter" Auflagen einerseits ²⁷⁾, der Aufhebung prima facie nicht unvernünftig erscheinender Auflagen andererseits ²⁸⁾ lieber an das bewährte Schema der Geldauflage halten, und, wo diese nicht zumutbar erscheint, von Auflagen überhaupt absehen ²⁹⁾. Die Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Auflagen und Weisungen liegen weitgehend in der Sache selbst: Die -- in erster Linie durch die Generalklausel geschaffene, aber auch schon durch die elastische Fassung der in den Katalogen aufgezählten Beispiele ermöglichte -- Variationsbreite der "dreispurigen" Reaktion erfordert ganz andere verfassungsrechtliche Vorarbeiten, als sie bisher geleistet worden sind, und stellt die Wissenschaft vor völlig neuartige strafrechtsdogmatische Probleme, bei deren Lösung wir erst am Anfang stehen. Das Jugendkriminalrecht ist ohnehin in dogmatischer Hinsicht bekanntlich noch "recht puberal" ³⁰⁾. Diesem Zustand gilt es heute abzuhehlen; dann wird auch die Rechtsprechung folgen und von den

26) Vgl. neuerdings wieder B r u n s ZStrW 71, 214.

27) Vgl. etwa die Zusammenstellung bei B r u n s GA 1959, 202 ff.

28) Man denke an die Kontroverse BGHSt. 9, 258 gegen OLG Hamm NJW 1955, 34 hinsichtlich der Zulässigkeit der Berufsverbotsauflage (dazu unten im 6. Kap., 2. Abschn. unter II) oder BGHSt. 9, 365 gegenüber LG Wiesbaden DRpfl. 1958, 266 hinsichtlich der Auflage der Zahlung der Verfahrenskosten (dazu unten im 6. Kap., 3. Abschn. unter II) oder endlich an die Frage der Zulässigkeit von Fahrverboten (dazu ausführlich unten im 6. Kap., 5. Abschnitt).

29) In diesem Sinne bezüglich der Weisungen nach § 10 JGG erst neuerdings wieder S c h a f f s t e i n, Referat, a. a. O., S. 29 ff.

30) So die treffende Formulierung von Hilde K a u f m a n n FamRZ 1958, 151 gelegentlich der Bespr. des Buches "Erziehung und Strafe" von Hellmer.

ihr vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten kriminalpolitischen Möglichkeiten auch sinnvoll Gebrauch machen.

Bevor nun an die Untersuchung der rechtlichen Fragen des Auflagenrechts im einzelnen herangegangen werden kann, erscheint es nützlich, sich an dieser Stelle noch kurz eine höchst bemerkenswerte, wenngleich nach dem eben Dargelegten nicht mehr ganz leicht zu begreifende Erscheinung zu vergegenwärtigen. Wenn nicht alles trügt, so scheint eine starke Richtung innerhalb der deutschen Strafrechtswissenschaft aus der Besorgnis einer Einschränkung der nach allgemeiner Auffassung ³¹⁾ kriminalpolitisch hervorragend gelungenen Regelung des Auflagenrechts im E 1958 heraus, dem offenbar die besondere Liebe der Großen Strafrechtskommission gegolten hat ³²⁾, inzwischen aufgetauchte rechtlich-dogmatische Zweifel ignorieren, die Diskussion jedenfalls so lange hinausschieben zu müssen, bis die kriminalpolitische (!) Entwicklung es erlaube, den aufgetauchten rechtlichen Bedenken (!) Rechnung zu tragen. Bezeichnend in dieser Richtung ist auch die neueste Äußerung von P e t e r s ³³⁾, im Jugendstrafrecht drohe (!) offenbar eine Verrechtlichung -- in einem Rechtsgebiet, "in dem die eigentlich juristischen Fragen ganz hintenan stehen sollten"! Diese, in der Diskussion auf der Erlanger Strafrechtslehrertagung am 21.5.1959 ³⁴⁾ von einer starken Gruppe vertretene Richtung wurde von der Gegenseite ³⁵⁾ nicht ganz zu Unrecht so gekennzeichnet: "Die rechtsstaatlichen Bedenken wurden überrannt, aber nicht widerlegt."

31) Grundsätzlich skeptisch anscheinend allein B a u - m a n n GA 1958, 193 ff.

32) Um mit W e l z e l zu formulieren (Diskussionsbeitrag auf der Erlanger Strafrechtslehrertagung 1959).

33) Literaturbericht, in ZStrW 71, 292 f.

34) Vgl. dazu auch den Bericht von W o l f f in JZ 1959, 449ff.

35) B r u n s NJW 1959, 1398

Vor diesem Hintergrund wird sich die wissenschaftliche Diskussion zunächst abspielen. Diese doppelte Tatsache, die gewissermaßen "kriminalpolitische" Notwendigkeit einer dogmatischen Grundlegung einerseits und die Befürchtungen eines sich etwa daraus ergebenden kriminalpolitischen Rückschritts andererseits, muß man sich vergegenwärtigen, um zu begreifen, daß es im Augenblick darum geht, die rein juristische Problematik, die sich im Rahmen der "dritten Spur" im Erwachsenen- und auch im Jugendkriminalrecht auftut, einer Lösung zuzuführen -- selbst dann, wenn dies im Einzelfall tatsächlich zu einer Einbuße an kriminalpolitischer Zweckmäßigkeit führen sollte. Der rechtsdogmatischen Vertiefung der Auflagenproblematik, wie sie v.a. von B r u n s und auch von S c h r ö d e r herausgearbeitet worden ist³⁶⁾, will auch die vorliegende Untersuchung dienen. Dabei werden Vergleiche mit den mannigfachen Parallelproblemen im Jugendkriminalrecht, d.h. mit den gleichen Problemen vor dem verschiedenartigen Hintergrund eines Täter- und Erziehungsstrafrechts, in mancher Hinsicht aufschlußreich sein. Hier soll vor allem der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsfolge-Generalklauseln, den Problemen im Zusammenhang mit der Grundrechtsordnung des Grundgesetzes und den Fragen der systematischen Einordnung der "dritten Spur" in das Gefüge des überkommenen Sanktionsrechts nachgegangen werden. Die gefundenen Ergebnisse sollen in einem "Besonderen Teil" in ihrer Anwendung auf einzelne, in rechtlicher Hinsicht besonders instruktive und in Rechtsprechung und Lehre umstrittene Auflagen ihre Bewährung erfahren. Ein prozessualer Teil wird die Untersuchung abrunden.

36) Vgl. die im Literaturverzeichnis angeführten Veröffentlichungen.

1. H A U P T T E I L :

=====

Rechtsgrundlage und Zulässigkeitsgrenzen der Auflagen,
Weisungen und Pflichten. (Allgemeiner Teil).

1. K a p i t e l :

Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der sozialtherapeutischen
Generalklausel im Erwachsenenstrafrecht und im Jugendkrimi-
nalrecht.

I.

Mit dem Übergang zur "Dreispurigkeit" hielt zum ersten
Mal in der Geschichte des modernen deutschen Erwachsenen-
strafrechts auch die Rechtsfolgen-Generalklausel ihren Ein-
zug ¹⁾. Wenn es trotzdem verhältnismäßig lange dauerte, bis
man erkannte, daß in dieser Generalklausel vielleicht eine
verfassungsrechtliche Problematik verborgen sein könnte,
so nimmt dies an sich nicht weiter wunder. Handelt es sich
doch bei den Maßnahmen der "dritten Spur" nicht eigentlich
um strafende Eingriffe ²⁾ und benötigte die Erkenntnis, daß
es notwendig sei, die ursprünglich rein spezialpräventiv ge-
dachte neue Einrichtung in das Wertgefüge des Schuldstraf-
rechts einzugliedern ³⁾, ihre Zeit. Der in der 3. Auflage des

-
- 1) Es sei hier abgesehen von Versuchen wie denen der Münchner
Räteregierung im Frühjahr 1919: "Jeder Verstoß gegen revo-
lutionäre Grundsätze wird bestraft. Die Art der Strafe
steht im freien Ermessen des Richters" (berichtet von E n -
g i s c h, Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl.,
Stuttgart 1959, S. 120) oder des Entwurfs eines Volksgesetz-
buchs 1942: "Wer an seiner Ehre gekränkt wird, kann Genugtu-
ung verlangen. Der Richter bestimmt die Art der Genugtuung"
(berichtet von K ü s t e r JZ 1954, 4). --Vgl. jedoch Anm.
35!
 - 2) Wichtig wegen des Grundsatzes "Ne bis in idem" (Art. 103 III
GG); vgl. dazu besonders Armin K a u f m a n n JZ 1958, 298
und neuerdings auch H e l l m e r, StrAJug, a.a.O., S. 3, 7, 58f.
 - 3) Diese Forderung erhob alsbald Lange; vgl. zuerst NJW 1953,
1163 und noch deutlicher in SchweizZfStrR 70, 393 und Kohl-
rausch- L a n g e § 24 Anm. III 1.

KMR-Kommentars (1954)⁴⁾ mutig vorgetragene Angriff auf die Generalklausel des § 24 I S. 2 StGB wurde erstaunlicherweise nicht einmal in der eingehenden Arbeit von B r u n s in GA 1956, 193 ff.⁵⁾ aufgenommen und fand auch sonst im Schrifttum keinerlei Beachtung, geschweige denn Unterstützung. Die Gerichte gehen, soweit ersichtlich, bis zum heutigen Tage als selbstverständlich von der Gültigkeit der Generalklausel aus. Erst 1956 griff B r u n s ⁶⁾, -- wie gesagt, unabhängig vom KMR-Kommentar --, die Problematik der Generalklausel im Sanktionsrecht des StGB auf. Seine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 24 I S. 2 StGB werden inzwischen auch von B a u m a n n ⁷⁾ geteilt, der allerdings die Konsequenz der Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift expressis verbis bisher nicht zu ziehen wagte ^{7a)}. Die erste eingehende Untersuchung dieses Problembereichs wurde wiederum von B r u n s ⁸⁾ vorgenommen, der dabei zu dem Ergebnis kam, daß (zumindest) die Generalklausel des § 24 I S. 2 StGB wegen Verstoßes gegen Art. 103 II GG verfassungswidrig und nichtig sei, und neuerdings empfiehlt S c h a f f s t e i n ⁹⁾ sogar eine Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Generalklausel des § 10 I S. 2 JGG.

4) a.a.O., § 305 a Anm. 3 a, S. 1098 f.: "Eine solche (sc. Gesetzwidrigkeit einer Auflage) liegt vor, wenn eine in § 24 StGB nicht vorgesehene Auflage erteilt wird, z.B. Weisungen erteilt werden, die sich nicht auf § 24 Ziff. 1-6, insbes. Ziff. 2 stützen können...". In der 4. Auflage (1958) ist diese Bemerkung stillschweigend weggefallen.

5) Insbes. S. 212 ff.

6) a.a.O.

7) GA 1958, 193 ff., insbes. 196 f.

7a) Bestimmter aber schon Ib., a.a.O., S. 568 f.

8) GA 1959, 193 ff., insbes. 206 ff.; ferner NJW 1959, 1395; ZStrW 71, 233.

9) Referat, a.a.O., S. 30. -- Vgl. auch F r ä b e l NJ 1959, 93: "Eine nur beispielhafte Aufzählung der Weisungen würde dem Prinzip der gesetzlichen Bestimmtheit der Strafe widersprechen." Ob diese Äußerung allerdings für unsere Untersuchung fruchtbar werden wird, erscheint wegen der kriminalpolitischen Rückständigkeit des Jugendkriminalrechts in der DDR und der dadurch bedingten Auffassung vom Wesen der jugendgerichtlichen Erziehungsmaßregeln zweifelhaft.

Auf die revolutionäre These von B r u n s folgten -- wie bereits in der Einleitung angedeutet -- massive Gegeneinwände. So forderte in der Diskussion des B r u n s 'schen Referates auf der Erlanger Tagung der Deutschen Strafrechtslehrer am 21.5.1959 ¹⁰⁾ insbesondere L a c k n e r als Sprecher des Bundesjustizministeriums, man solle im Interesse einer kriminalpolitischen Aufwärtsentwicklung doch besser zunächst einmal die verfassungsrechtlichen Hemmschuhe ablegen. ^{10a)} J e s c h e c k , seiner persönlichen Neigung nach zwar für eine abschließende Katalogisierung eingestellt, verspricht sich von einer solchen "keinen allzu großen rechtsstaatlichen Gewinn". B o c k e l m a n n meinte endlich, man dürfe die Verfassung nicht zu sehr strapazieren und müsse auch ihre als immanent zu denkenden Schranken berücksichtigen. -- Drei Argumente, von denen das erste, vielleicht auch noch das zweite, auf keinen Fall aber das dritte mit der Bemerkung abgetan werden kann, rechtsstaatlich begründete Bedenken dürften im kriminalpolitischen Elan nicht "überannt" werden ¹¹⁾. Gleichsam als Erläuterung nämlich, was unter den "immanenten Schranken" der Verfassung in diesem Sinne zu verstehen sei, führte L a c k n e r weiter aus, Auflagen gebe es ja nicht erst seit 1953; vielmehr habe sich die entsprechende Generalklausel bereits seit 1909 in allen Strafgesetzentwürfen vorgefunden und sei niemals beanstandet worden, und auch der Gesetzgeber des 3. StAG habe diese, im übrigen auch durch die Natur der Sache nahegelegte, Regelung im vollen Bewußtsein ihrer rechtlichen Problematik übernommen. Beim gegenwärtigen Stand der Debatte könne es daher eigentlich nur mehr um Fragen der kriminalpolitischen Zweckmäßigkeit gehen.

10) Nachdem außer diesem, in GA 1959, 193 ff. abgedruckten, Referat sowie den neuesten Beiträgen von S t r e e , a.a.O., und L a n g - H i n r i c h s e n , a.a.O., zu diesem Problembereich noch kaum Schrifttum vorliegt, soll im folgenden auf die in der Erlanger Diskussion vorgetragenen Einwände gegen die Auffassung von B r u n s besonders eingegangen werden, zumal diese den gegenwärtigen Meinungsstand m.E. am plastischsten wiedergeben. Auf weitere Argumente der herrschenden Auffassung wird in den folgenden Abschnitten dieses Kapitels einzugehen sein; die grundsätzlich neuen Thesen L a n g - H i n r i c h s e n s (Gutachten, S. 77 ff.) sollen unten unter III A 2 a gewürdigt werden.

Damit wird ersichtlich auf einen Rechtsgedanken angespielt, der zur Frage der Einschränkung der Rechtskraft des Strafbefehls nach § 410 StPO bisher in Rspr. und Lehre anerkannt gewesen ist ¹²⁾. Danach soll der in Art. 103 III GG verankerte Grundsatz "Ne bis in idem" nur so weit reichen, als er zur Zeit des Erlasses des Grundgesetzes rechtlich anerkannt und in Geltung gewesen ist. Art. 103 III GG soll demnach denselben Grenzen unterliegen, die dem Grundsatz "ne bis in idem" vor Erlass des Grundgesetzes durch Gesetz und Rspr. gezogen waren. Der Gesetzgeber des Grundgesetzes habe lediglich den bisherigen Rechtszustand verfassungsrechtlich gewährleisten wollen, so daß die Grenzen der Rechtskraft als "immanente Schranken" anzusehen seien. -- Die erwähnten Diskussionsbemerkungen von B o c k e l m a n n und L a c k n e r sind nichts anderes als eine Übertragung dieses Rechtsgedankens auf Art. 103 II GG im Hinblick auf die Auflagenproblematik, mit dem Ergebnis, daß sich diese Verfassungsbestimmung ihrem historisch gewachsenen Inhalt nach von vornherein auf die Auflagen nicht erstrecke ¹³⁾.

Ob dieser von der h.L. zu Art. 103 III GG entwickelte Gedanke an sich verfassungsrechtlich haltbar und richtig ist ¹⁴⁾, braucht hier nicht entschieden zu werden. Seine Übertragung auf die hier allein interessierende Auflagenproblematik wird sich jedenfalls in der beabsichtigten Form nicht durchführen lassen. -- Der erste gegen eine solche Übertra-

10a) Ähnlich neuerdings D a l c k e - F u h r m a n n - S c h ä f e r , a.a.O., S. 24.

11) So B r u n s NJW 1959, 1398 a.E.

12) Grundlegend BVerfGE 3, 248/252 f.; weitere Nachw. sh. bei D ü r i g , a.a.O., Art. 103 III, Rdnr. 123 FN. 1.

13) In diese Richtung gehen wohl auch die Ausführungen von L a n g - H i n r i c h s e n , Gutachten, S. 79, Art. 103 solle nur den historischen Sinn haben, die Gesetzesbestimmtheit derjenigen Maßnahmen, die mit staatlichem Zwang unmittelbar durchgesetzt wurden, zu gewährleisten.

14) Verneinend mit beachtlichen Gründen D ü r i g , a.a.O., insbes. Rdnr. 131. -- Ähnlich die Diskussionsbemerkung von H. M a y e r , das Grundgesetz bringe angesichts der bitteren Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit etwas gegenüber allen bisherigen Rechten grundlegend Neues.

gung mögliche Einwand, die Nichtgeltung des Satzes "Nulla poena sine lege" im Bereich der Gnade besage noch nichts für die Frage seiner Anwendbarkeit auf die jener inhaltlich entsprechende Rechts-einrichtung, wird zwar als solcher nicht unmittelbar durchgreifen. Denn die Institution des bedingten Straferlasses bzw. der Aussetzung auf Wohlverhalten -- und mit ihr die Auflagen -- sind längst gewohnheitsrechtlich vom Gnadenakt zur Rechtseinrichtung geworden, als die sie der Gesetzgeber von 1953 dann übernommen hat ¹⁵⁾. Der Funktionswandel der "dreispurigen" Reaktion von der Gnade zum Recht ist durch die gesetzliche Neuordnung im Jahre 1953 weithin eher festgestellt als vollzogen worden. Aber sollte dem Eingang der "dritten Spur" in das StGB demnach wirklich nur die Bedeutung gewissermaßen einer "gesetzeskosmetischen" Operation zukommen, sollte dieser Akt nicht mehr bedeuten als eine Korrektur der formellrechtlichen Entwicklung, die mit der materiellrechtlichen bis dahin nicht Schritt gehalten hatte? Diese Frage muß verneint werden. Die gewohnheitsrechtliche Überführung des Gnadeninstituts in eine Rechtseinrichtung brachte es wohl mit sich, daß das Ermessen der ausführenden Organe in einem ganz anderen Maße gebunden worden ist; "Recht", im Gegensatz zur "Gnade" -- das bedeutet ja in erster Linie Einschränkung, Bindung des Ermessens, insbesondere Beachtung des Gleichheitssatzes ¹⁶⁾. Wie P e t e r s ¹⁷⁾ richtig sagte: Wäre beim Vorliegen der Voraussetzungen in einem Einzelfalle der Straferlaß nicht gewährt worden, so wäre dies als Rechtsverletzung anzusehen gewesen. An dem (angeblichen) Gegensatz "Gnadeninstitut" - "Rechtsfolge" scheitert also die These von der Nichtgeltung

15) Vgl. P e t e r s , KrimSt. 156 ff.; DStrR 1934,310; Demski, Diss., S. 11 f.; Kohlrausch- L a n g e I 3 vor §§ 23-26.

16) Eingehend neuerdings v.a. G e e r d s , Gnade..., a.a.O., passim, insbes. S. 22 ff., der die heute praktisch allein bedeutsame (fehlerhafte Entscheidungen) "korrigierende" Gnade als in das Recht institutionalisiert und daher dessen Grenzen -- v.a. Gleichheitssatz und Gewaltenteilung -- unterworfen ansieht.

17) KrimSt., a.a.O.

des Art. 103 II GG im Auflagenbereich zunächst noch nicht. Hingegen ist, was die dargelegte Auffassung der Erlanger Diskussionsredner, ebenso wie übrigens auch neuerdings wieder D ü r i g ¹⁸⁾, verkennt, in diesem Zusammenhang noch folgendes zu bedenken: Die Auflage ist durch die gewohnheitsrechtlich erfolgte Wandlung ihres rechtlichen Wesens vom Bestandteil eines Gnadeninstituts zu einem solchen einer Rechteinrichtung noch nicht ohne weiteres auch zu einem k r i m i n a l i s t i s c h e n R e a k t i o n s m i t t e l , einer strafrechtlichen S a n k t i o n , geworden. Zwar waren der bedingte Straferlaß bzw. die Aussetzung auf Wohlverhalten alsbald in die Hände des Tatrichters gelegt worden, der sie unter Beachtung des Gleichheitssatzes zu handhaben hatte; dies ändert jedoch nichts daran, daß der Strafrichter dieses zusätzliche "Reaktionsmittel" lediglich als Delegatar der (wenn auch nach wenig gnadenspezifischen Grundsätzen) Gnade übenden Verwaltung zur Anwendung brachte. Diese Rechtslage ä n d e r t e sich jedoch in dem Augenblick, als die Auflagen schließlich in das corpus iuris des Strafgesetzbuchs ihren Eingang fanden. Mit dem Inkrafttreten des 3. StAG im Jahre 1953 traten die Auflagen den Strafen und sichernden Maßregeln in dem System der kriminalistischen Sanktionen als dessen "dritte Spur" zur Seite ¹⁹⁾; für dieses System aber ist der seit Feuerbach im deutschen Strafrecht wie in den Straf- und Verfassungsrechtsordnungen der meisten Kulturstaa-
ten verankerte ²⁰⁾Satz "Nullum crimen, nulla poena sine lege" allein gedacht ²¹⁾. Unter diesen, durch den soeben richtiggestellten Gedankengang bisher verdunkelten Aspekten gilt es heute die verfassungsrechtliche Überprüfung der Auflagen-Generalklauseln nachzuholen.

18) a.a.O., Art. 103 II, Rdnr. 118

19) Zur abw. Auff. von D ü r i g , a.a.O., sh. unten unter III A 1, zu der von L a n g - H i n r i c h s e n , Gutachten, S. 77 ff., unten unter III A 2 a.

20) Vgl. de Asua in ZStrW 63, 166 ff.

21) Der für unsere Betrachtung entscheidende Einschnitt liegt also nicht im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes, sondern des 3. StAG!

II.

Bevor sich nun die Untersuchung der eigentlichen Problematik der kriminalrechtlichen Generalklausel zuwendet, die zweifellos in der Frage der entsprechenden Anwendbarkeit des Satzes "Nulla poena sine lege" beschlossen liegt ²²⁾, soll zunächst noch auf einen Gesichtspunkt eingegangen werden, der zu dem vorliegenden Problembereich im wissenschaftlichen Schrifttum sowie -- insbes. zu § 102 E 1958 ²³⁾ -- in den Beratungen der Großen Strafrechtskommission eine gewisse Rolle gespielt hat, nämlich den Grundsatz der Gewaltenteilung. Es wird allgemein gesagt, der Gesetzgeber dürfe nicht grundsätzliche Wertentscheidungen auf den Richter überbürden. Es wäre daher etwa ein Verzicht auf Strafraumen schon wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung verfassungswidrig ²⁴⁾, ebenso wie eine analoge Anwendung von Maßregeln der Sicherung und Besserung bei Straftatbeständen, die die betreffende Maßregel nicht vorsehen ²⁵⁾. Bei den Beratungen zu § 102 E 1958 ²³⁾ vertrat v.a. das Bundesjustizministerium unter H a a g e r ²⁶⁾ den Standpunkt, eine Sicherung der unbenannten, d.h. nur auf Grund der Generalklausel zu verhängenden Weisungen durch Strafsanktion gehe schon deswegen nicht an, weil hierbei die typisch gesetzgeberische Aufgabe der Schaffung von Straftatbeständen unzulässigerweise auf den Richter delegiert würde. Sie unterblieb schließlich auch, so daß in der vorliegenden Fassung des Entwurfs allein die ausdrücklich in dem Katalog des § 102 ²³⁾ aufgeführten Weisungen im Falle ihrer Verletzung die Strafe nach sich

22) Dies verkennen D ü r i g und S t r e e ; dazu unten unter III.

23) = § 100 der überarb. Fassung des BMJ (1959).

24) Vgl. L a n g e , Mat. I, S. 72; SchweizZfStrR 70,380.

25) S a x , Grundsätze, S. 1000 f.

26) Niederschriften I, S. 287

ziehen sollen ²⁷⁾.

Die hier in erster Linie zu untersuchende Problematik liegt etwas anders. Bei der Frage der Auflagenkataloge als solcher handelt es sich nicht um die Schaffung von Straftatbeständen, sondern um die richterliche Neuschöpfung von Rechtsfolgen ²⁸⁾. Hier ist zu bedenken, daß es sich bei der Bestimmung der Rechtsfolgen auf eine Straftat um Individualisierung des objektiven Rechts, mithin um eine Aufgabe handelt, die dem Gesetzgeber im letzten Grunde notwendig verschlossen ist ²⁹⁾. Auf der anderen Seite ist die Lehre von der Dreiteilung der Gewalten kein heuristisches Prinzip, sondern ihr Wert wird von jeher darin erblickt, ein Postulat, ein politisches Ideal zu sein, das niemals, anders als nur annäherungsweise verwirklicht werden kann ³⁰⁾. Der Grundsatz der Gewaltenteilung ist daher auch stets nur als äußerstes Grenzprinzip im Sinne der Kontrolle einer mehr schwerpunktmäßigen Verteilung der staatlichen Funktionen auf die Träger der betreffenden "Gewalten" herangezogen worden. Unvereinbar mit dem Prinzip der Dreiteilung der Gewalten wäre nach der Formulierung von K l e i n ³¹⁾ eine "-- noch so legal betriebene -- Anreicherung der Kompetenzen einer Gewalt, die -- unter Einbruch in das Kerngebiet der Zuständigkeiten einer der beiden anderen Gewalten -- eine irgendwie geartete Diktatur der einen über die andere(n) Gewalt(en) ermöglicht, so daß diese nicht mehr weisungsunabhängig im Sinne der obigen

27) Bei § 11 II JGG, der nach h.M. einen selbständigen Straftatbestand darstellt (J a g u s c h I K, § 11 JGG, Anm. 4; Dallinger - L a c k n e r § 11 N. 15; G r e t h l e i n § 11 Anm. 2 a; a.M. P o t r y k u s § 11 Bem. 4; zum Ganzen sh. schon K ü m m e r l e i n DJ 1943, 536) ist die Rechtslage wohl eine andere. Denn der Jugendarrest, der im Falle des § 11 II JGG zur Anwendung kommen soll, ist keinesfalls als Strafe anzusprechen; die Durchdringung des Sühnegedankens durch den Erziehungszweck (vgl. etwa Dallinger - L a c k n e r Einf. 18, 56; § 8 N. 10; § 16 N. 4; P o t r y k u s § 16 Bem. 1) fordert im Gegenteil eine andere rechtliche Behandlung. Sh. dazu auch unten unter III B 2.

28) Diesen Unterschied betont auch L a n g - H i n r i c h - s e n , Gutachten, S. 84.

29) Vgl. S c h r ö d e r , Gutachten, S. 75 f.

Begriffsbestimmung der Gewaltentrennung als der Grundlage gerade auch der Gewaltenhemmung sind." Diese -- im Interesse der Rechtssicherheit wohl auch notwendige -- Einengung dieses Grundsatzes führt praktisch zu der (zumindest für den Bereich der Rechtsfolgenbestimmung voll zutreffenden) Feststellung von D ü r i g ³²⁾, die Funktionsbereiche der einzelnen Gewaltträger würden gerade in den historischen Abspaltungen und Zuwachsen von untypischen Kompetenzen formal von den Organen und der diesen Organen positivrechtlich zugewiesenen Kompetenz her bestimmt. Die gesetzlichen Auflage-Generalklauseln sind deshalb ³³⁾ generell unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden! ³⁴⁾

-
- 30) D r o s t , Ermessen, S. 78; NJW 1955, 1257. -- Über die Relativierung dieses Dogmas vgl. neuerdings auch die interessanten Ausführungen von S p a n n e r in DÖV 1959, 649 im Anschluß an L ö w e n s t e i n .
- 31) v. Mangoldt - K l e i n , S. 599, im Anschluß an W e r n i c k e BK Art. 20 II 2 g. ,
- 32) Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 1 III Rdnr. 101
- 33) Wie hier auch H e l l m e r , StrAjug, S. 72 f.: "Die bei der Erteilung von Auflagen zweifellos gestaltende, jedenfalls möglicherweise gestaltende Tätigkeit des Richters bezieht sich ja nicht auf äußere soziale Einrichtungen und auch nicht auf das soziale Zusammenleben der Menschen schlechthin, sondern nur auf die Sozialpflichtigkeit des Verurteilten. Diese war aber schon immer Gegenstand einer verantwortungsbewußten Strafrechtspflege."
- 34) Auf den ersten Blick bestehend auch die Argumentation von D r o s t (Ermessen, S. 210 und NJW 1955, 1258): Die Gewaltenteilung sei nicht für Verbrecher erfunden. Dieses politische Prinzip solle nach Entstehungsgrund und Zweck die individuelle Freiheit vor staatlicher Omnipotenz sichern, dies aber nur aus dem Grunde, weil diese Freiheit der beste Weg zu sittlicher Selbstentfaltung in dem sozialen Leben sei. Jedem solle eine möglichst ungezwungene Entwicklungsmöglichkeit gegeben werden, aber keiner der Kämpfer für die individuelle Freiheit wolle damit für den Menschen die Freiheit zum moralischen und sozialen Absinken legitimiert wissen. Wo die Freiheit des Einzelnen erkennbar derart in das Gegenteil ihrer Bestimmung umschlage, sei kein Grund mehr einzusehen, warum zur Hebung des betr. Menschen, zu seiner Wiedereingliederung in die Gesellschaft, seine individuelle Freiheit nicht, soweit es dieser Zweck erfordert, beschnitten, entsprechend die nur als Garantie dieser Freiheit gedachte Gewaltenteilung aufgegeben werden solle. -- Ob diese Begründung allein(!) die Auflagen-Generalklausel unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung rechtfertigen kann, erscheint m. E. etwas zweifelhaft, zwar weniger aus dem Grunde, daß die

III.

Die wesentlichste Bedeutung der Erkenntnis, daß der Einbau der Auflagen-Generalklausel in das StGB ein rechtliches Novum darstellt ³⁵⁾, liegt in der aus ihr folgenden Fragestellung nach der entsprechenden Anwendbarkeit des in Art. 103 II GG verankerten Grundsatzes "Nulla poena" ³⁶⁾ sine lege". Seinem Wortlaut nach bezieht sich dieser Satz ja nur auf die "Strafen" ³⁷⁾. Das in den Verboten der Rückwirkung und der analogen Anwendung näher konkretisierte Gebot der Gesetzesbestimmtheit wurde jedoch darüber hinaus bald für alle Arten der Reaktion auf kriminelles Unrecht postuliert. Über den Wortlaut des § 2 StGB hinaus sei zu fordern, daß auch die sonstigen Rechtsfolgen des Strafrechts, und nicht nur ihr Eintreten, sondern auch ihr Inhalt und Umfang gesetzlich bestimmt sein müssen ³⁸⁾. Es sei "unmöglich", daß das Gericht die Gewährung des bedingten Straferlasses an die Auferlegung "besonderer Pflichten" knüpfen könne, deren Beschaffenheit sein unbegrenztes Ermessen bestimme; Art und Umfang dieser Pflichten seien gesetzlich zu begrenzen ³⁹⁾. Es erscheine als "undenkbar", daß der moderne Strafrichter den Missetäter

Auflagen bis zu einem gewissen Grad auch sühnende Funktionen übernehmen können, als vielmehr aus der grundsätzlichen Erwägung, ob nicht die Übelwirkung dieser Maßnahmen als solche, die ihnen auch der noch so betonte Wiedereingliederungszweck nicht nehmen kann, mit einem Geltungsgrund für das Postulat der Gewaltenteilung darstellt. Zu diesem Gesichtspunkt vgl. in anderem Zusammenhang auch unten unter III A 1 b und B 2 b.

- 35) Die zeitlich wesentlich ältere Problematik des § 42 h StGB und auch des § 10 I S. 2 JGG wurde bisher nicht gesehen.
- 36) Die Auffassung, Art. 103 II GG fordere Bestimmtheit nur der Strafbarkeit, nicht auch wenigstens der Straftat, wird nach deren Aufgabe durch Schröder (Schönke-Schröder, 9. Aufl., § 2 Anm. XII 2) gegenwärtig nur mehr von Mezger (KlB. I S. 32) und Welel (JZ 1952, 61 und Lb. S. 18 f.) vertreten. Vgl. dagegen statt aller Maurach I S. 654 u. weitere Nachw. bei Maunz-Dürig, Art. 103 II, Rdnr. 108, FN. 1.
- 37) Dies betont in unserem Zusammenhang z.B. Stree, a.a. O., S. 33.
- 38) Baumann, GA 1958, 196
- 39) Drost, Ermessen, S. 217 (entgegen § 43 E 1927)

auf beliebige Weise zweckmäßig behandle; das Arsenal der Strafen und Maßnahmen könne größer oder kleiner sein -- es habe seinen gezählten Bestand ⁴⁰⁾. Ja, man werde das Dogma "Nulla poena sine lege" zum Schutze der Freiheit und Rechtssicherheit des Einzelnen über den engeren Bereich des Strafrechts und des mit ihm eng verbundenen Maßnahmenrechts hinausgehend, auf alle Maßnahmen ausdehnen müssen, deren der fürsorgende Staat zur sozialen Verteidigung gegen gesellschaftsgefährliche Menschen bedarf ⁴¹⁾. -- Zu einer näheren Überprüfung dieses Postulats war freilich bislang kein Anlaß, nachdem ja die Strafen und Maßregeln der Sicherung und Besserung in abschließend gefaßten Katalogen und darüber hinaus sogar unter mehr oder weniger präzisen tatbestandlichen Voraussetzungen normiert gewesen sind ³⁵⁾. Diese Untersuchung gilt es heute nachzuholen.

A 1.) In der ersten der bisher vorliegenden Arbeiten, die sich mit dieser Problematik eingehender befassen ⁴²⁾, geht B r u n s ⁴³⁾ mit der heute wohl herrschenden Lehre davon aus, daß der Grundsatz des Art. 103 II GG, der sich nach heute nahezu einhelliger Meinung ³⁶⁾ nicht auf die "Strafbarkeit" beschränkt, sondern auch für die Strafe (wenigstens der Art nach) gilt, auch auf die Maßregeln der Sicherung und Besserung erstreckt werden müsse. Insbesondere könne der Strafrichter neben den gesetzlich vorgesehenen Strafen und Maßregeln oder an deren Stelle auch nicht solche Maßnahmen treffen, deren Wirkungen zu denen der Strafen und Maßregeln in einem Maius-minus-Verhältnis stehen, diesen gegenüber als

40) E n g i s c h , Konkretisierung, S. 218

41) W ü r t e n b e r g e r , Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, Karlsruhe 1957, S. 30, unter Bezugnahme auf W a i b l i n g e r .

42) Neben B r u n s , dessen Arbeiten den eigentlichen Anstoß zur Erörterung dieser Fragen gegeben haben, sind hervorzuheben S t r e e , Deliktsfolgen und Grundgesetz und v.a. auch L a n g - H i n r i c h s e n , Gutachten zum 43. Dt. Juristentag. Auf deren Auffassung wird im folgenden noch einzugehen sein.

43) Sh. Anm. 8

das "geringere Übel" erscheinen würden. Das Gesetz sehe das nicht vor und verbiete damit solche Eingriffe; es könne aber auch den Richter nicht zu solchen ermächtigen. Dieser Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit könne aber nicht im "zweispurigen" Kriminalrechtssystem durchgeführt, im "dreispurigen" hingegen aufgegeben werden, zumal eine brauchbare funktionelle Abgrenzung der Auflagen von den Maßregeln und Strafen nicht möglich sei, der bloße Unterschied in der äußeren Bezeichnung aber eine unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertige. Der Angeklagte sei "bei allen richterlichen Sanktionen im Straf- und Sicherungsprozeß durch die Magna Charta des Art. 103 II GG vor den Gefahren willkürlicher, d.h. nun mal nicht gesetzlich beschränkter Ausübung der Staatsgewalt geschützt".

Diese bestechende Gedankenführung ist allerdings schon in ihrem Ausgangspunkt alles andere als unbestritten. So wenden sich neuerdings v.a. S a x ⁴⁴⁾ und -- ihm folgend -- D ü r i g ⁴⁵⁾ gegen eine Übertragung der Verfassungsgarantie auf die Maßregeln der Sicherung und Besserung. Sie fassen Art. 103 II GG als spezielle Konkretisierung des in Art. 1 I GG wurzelnden Schuldgrundsatzes auf. Als solche erstrecke sich diese Verfassungsbestimmung nur auf diejenigen Zwangsreaktionen, die eine "autonome Selbstentscheidung des Täters zu tatspezifischem Unrecht zur Grundlage haben"; die Maßregel aber gründe auf der "im verfehlten So-Sein des Täters geoffenbarten Sozialgefährlichkeit", setze also gerade voraus, daß "das Zentrum verantwortlicher Selbstentscheidung für einen Schuldvorwurf nicht erreichbar ist". -- Dies ist allerdings eine gänzlich andersartige Konzeption des Grundsatzes "Nulla poena sine lege", die auch kaum einfach -- wie dies anscheinend B r u n s ⁴⁶⁾ will -- mit dem (wie sich

44) Grundsätze, S. 1000 f.

45) Maunz-Dürig, a.a.O., Rdnr. 104, 108, 117. Im folgenden werden allein die brillanten Formulierungen von S a x , a.a.O., zum Teil wiedergegeben, mit denen die Ausführungen bei D ü r i g inhaltlich völlig übereinstimmen. -- Ganz in dieser Richtung argumentierte übrigens auch schon W e l z e l in Kohlrausch-Festschrift, a.a.O., S. 113 ff.

46) GA 1959, 197, insbes. Anm. 14

noch zeigen wird, im übrigen voll zutreffenden!) Hinweis auf das Mißverständnis der Identifikation der Gesetzesbestimmtheit mit dem Rückwirkungsverbot im Hinblick auf § 2 IV StGB abgetan werden kann. Es erscheint daher geboten, zunächst einmal den Sinn und Zweck der Verfassungsgarantie des Art. 103 II GG näher zu analysieren, um von hier aus zu einer Aussage über ihre Tragweite zu gelangen.

a) Der Satz "Nulla Poena sine lege" erfüllt zunächst eine *dogmatische* Funktion. Es ist mit *Sax*⁴⁷⁾ davon auszugehen, daß die an die Spitze unserer Verfassung gestellte Garantie der Menschenwürde nur durch ein (Tat-) Schuld-Sühne-Strafrecht gewahrt ist. Menschenwürde ist der Inbegriff der geistigen Sachverhalte, die den Menschen vom Tier unterscheiden, und die in der Fähigkeit zur Selbstentscheidung zum Ausdruck kommen, die der Mensch -- anders als das in einem prädestinierten Instinktschema geborgene Tier -- ständig selbst vollziehen muß, um den Mangel an kausaler Determiniertheit seiner Lebensvollzüge auszugleichen. Die Menschenwürde ist folglich nur gewahrt durch ein Sanktionsrecht, das die im sozialschädlichen Verhalten geoffenbarte personenhafte, autonome Selbstentscheidung des Täters im Einzelfall gegen das Rechte und für das Unrechte zur Sanktionsgrundlage und zum Sanktionsmaß nimmt. Die so verstandene "Strafe" wird also dem Täter in zweierlei Hinsicht gerecht: Die Tatsache ihrer Verhängung als solche zeigt, daß die Rechtsordnung seine fehlerhafte Entscheidung ernst nimmt, darum mißbilligt und ihn demgemäß zur Sühne seiner Schuld aufruft. Art und Höhe der Strafe zeigen an, in *welchem Maße* die Rechtsordnung die Fehlentscheidung mißbilligt, welchen Unwert sie ihr beimißt. Dabei sind Rangverhältnis der Strafen⁴⁸⁾ und Strafraumen die Hilfsmit-

47) Grundsätze, S. 937

48) Eine Differenzierung nach Strafarten, wie sie das geltende Recht kennt, wäre zwar unter dem dogmatischen Aspekt des Art. 1 I GG nicht unbedingt erforderlich; dem Schuldprinzip wäre vielmehr auch mit dem Bestehen einer einzigen Straftat -- etwa der Gefängnisstrafe -- Genüge getan. Unter mehreren bestehenden (Haupt-)strafarten ist jedoch im Gegensatz zu den Maßregeln der Sicherung und

tel und zugleich Garanten für die Feststellung der Größe der Schuld und die Bemessung der schuldentsprechenden und darum allein mit Art. 1 I GG vereinbaren Strafe. Der absoluten Garantie der in diesem Sinne "schuldfeststellenden" Funktion der Strafe dient nun der Satz "Nulla poena sine lege". In dem Verbot gesetzlich unbestimmt hoher Freiheitsstrafdrohungen ⁴⁹⁾ gewährleistet er die Möglichkeit der höhenmäßigen, in dem Verbot der richterlichen Neuschöpfung von Strafarten die der art- und wesensmäßigen Differenzierung der Schuldfeststellung, die in Art und Maß der Strafe zum Ausdruck kommen muß.

b) Der so verstandene Satz "Nulla poena sine lege" kann freilich für die ethisch indifferenten ⁵⁰⁾ Maßregeln der Sicherung und Besserung ebensowenig gelten wie für die kriminalpolitisch ausgerichteten Auflagen, Weisungen oder Pflichten. Ob man freilich allein aus den dargelegten Erwägungen mit D ü r i g ⁵¹⁾ den Sicherungsmaßregeln und Auflagen bereits den Charakter "kriminalistischer Reaktionsmittel" im Sinne des Art. 103 II GG wird absprechen können, erscheint mir mehr als zweifelhaft. M.E. wäre es ein Irrtum, zu glauben, der Sinn des Satzes "Nulla poena sine lege" erschöpfe sich in der Konkretisierung des Schuldgrundsatzes; diese stelle gewissermaßen "den modernen Freiheitssinn des Art. 103 II GG" schlechthin dar ⁵²⁾. Daran ist wohl soviel richtig, als daß angesichts der Erfahrungen einer noch nicht allzu weit zurückliegenden Vergangenheit ein das "gesetzliche

Besserung ein gesetzliches Rangverhältnis nach Graden der Mißbilligung der Fehlentscheidung des Täters unerläßlich. Die §§ 1, 21 StGB sehen denn ein solches auch vor.

- 49) Verfassungsmäßig ist dagegen wohl die Geldstrafe in unbegrenzter Höhe; vgl. dazu v.a. die eingehenden Ausführungen von L a n g e in Mat. I S. 69 ff.; auch S a x , a.a.O., S. 1012 f.
- 50) Ethisch indifferent im Sinne einer Sühne für sittliche Schuld. Über die Notwendigkeit einer über den gesellschaftlichen Utilitarismus hinausgehenden Rechtfertigung der Maßregeln an sich vgl. B r u n s , ZStrW 71, 211; J e s c h e c k , Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, Tübingen 1957; S a x , a.a.O., S. 955 u. Anm. 145 m. Nachw.

Unrecht" nicht ausschließender formaler Rechtspositivismus allein keine ausreichende Garantie der Freiheit und der Wahrung der Menschenwürde der vom Strafgesetz betroffenen Menschen mehr zu bieten vermag. Aus der sich daraus notwendig ergebenden Erweiterung (!) der ursprünglichen Verfassungsgarantie dahin, daß auch eine gesetzlich vorgesehene Strafe nur insoweit der Verfassung entsprechen solle, als sie die Verwirklichung "tatbestandspezifischen", d.h. sittlich vorwerfbareren Verhaltens ahndet, darf aber noch lange nicht der Gegenschluß gezogen werden, daß der Satz "Nulla poena sine lege" nun auch n u r für die metaphysische Schuld-Sühne-Strafe Geltung besitzen sollte⁵³⁾. Dieser strafrechtliche Fundamentalsatz erfüllt vielmehr neben der ihm durch die Wertordnung des Grundgesetzes zusätzlich (!) zugewiesenen dogmatischen noch eine p o l i t i s c h e F u n k t i o n , nämlich die des Schutzes des straffällig gewordenen Bürgers gegenüber staatlicher Willkür, die sich in den einschneidenden Eingriffen des Kriminalrechts in ganz besonders drückender Weise zu äußern vermag. In diesem Sinne ist jener Satz denn auch von jeher verstanden worden⁵⁴⁾. Unter diesem Gesichtspunkt kann es aber nun keinen Unterschied ausmachen, ob die einschneidenden kriminalrechtlichen Sanktionen nun im Gewande der Strafe, der Maßregel oder auch der Auflage erscheinen, zumal, wenn man die Möglichkeit der Überschneidung, ja Deckung der einzelnen Reaktionsformen in Betracht zieht⁵⁵⁾. Schon aus der Unmöglichkeit einer

51) Maunz-Dürig, a.a.O., Rdnr. 117 f.

52) So aber wohl S a x , a.a.O., insbes. S. 998

53) Dies erkennt indirekt eigentlich auch S a x , a.a.O., an, wenn er ausführt, der Gehalt des Art. 103 II GG sei "nicht restlos" erfaßt, wenn man ihn als Konkretisierung des allgemeinen Rechtsstaatsgedankens bestimme.

54) Vgl. gut S a x , a.a.O., S. 992; ferner S t r e e , Deliktsfolgen, S. 27 f.

55) Man denke z.B. an die Sanktion des Berufsverbots, das nach Art. 54 des Schweizerischen StGB als Nebenstrafe, nach § 42 I StGB als Sicherungsmaßregel, nach BGHSt. 9, 258 auch als Auflage verhängt werden kann. -- Zu der speziellen Problematik, die sich in anderem Zusammenhang hieraus ergibt, vgl. unten im 3. Kapitel dieser Arbeit. -- Vgl. im übrigen grundsätzlich ganz in meinem Sinne neuerdings B a u m a n n , Lb., a.a.O., S.591:

sauberen funktionellen Abgrenzung folgt -- wie B r u n s ⁵⁶⁾ mit Recht betont -- die grundsätzliche Notwendigkeit einer Gleichbehandlung aller drei "Spuren" des Kriminalrechts in rechtsstaatlicher Hinsicht ⁵⁷⁾).

Daraus folgt nun freilich noch nicht ohne weiteres, daß die Generalklauseln im Bereich der Bewährungsauflagen wegen Verstoßes gegen Art. 103 II GG samt und sonders als verfassungswidrig und nichtig zu betrachten seien. Denn hier ist noch folgendes zu bedenken: Sollte nicht, wer schwere Strafen und einschneidende Maßregeln verhängen darf, auch weniger einschneidend wirkende Unrechtsfolgen anordnen dürfen, und zwar auch ohne typenmäßige Begrenzung, allein auf Grund einer gesetzlichen Generalermächtigung? Ist der Willkür der staatlichen Rechtsprechungsorgane nicht schon durch die Nennung der jeweils schwerstmöglichen Maßnahme im Gesetz eine Grenze gezogen? Diesem Maius-minus-Argument tritt B r u n s ⁵⁸⁾ aus zwei Gründen entgegen: Einmal handle es sich bei den Auflagen nach § 24 StGB nicht um ein "Minus" gegenüber den Strafen oder Maßregeln, denn soweit sie sich überhaupt zueinander in Beziehung setzen ließen, sei die umgekehrte Relation oft mit Händen zu greifen. Alsdann stehe aber der

Ob Rechtsgarantien und Richterbindung erforderlich seien, richte sich nicht nach der Rechtsnatur einer Rechtsfolge, sondern nach deren Eingriffsstärke. B a u m a n n s Folgerung hieraus für die "Weisungen" nach § 10 JGG geht jedoch m.E. zu weit.

56) GA 1959, 208 f.; ferner NJW 1959, 1395 und ZStrW 71, 239

57) Schon an dieser Stelle kann ein Einwand gegen die Lehre von B r u n s entkräftet werden, der schon in dem Diskussionsbeitrag von L a c k n e r auf der Erlanger Tagung stark anklang und im Schrifttum v.a. von D ü r i g (Maunz-Dürig, a.a.O., RdNr. 118) formuliert worden ist: Danach bedürfe (!) es zu einer Eindämmung der zu befürchtenden "Auflagenflut" der Heranziehung des Art. 103 II GG gar nicht, da Auflagen, die in unerträglicher Weise in die Persönlichkeitssphäre des Einzelnen eingriffen, bereits durch die Grundrechte verfassungsrechtlich abgefangen würden. -- Dies mag an und für sich richtig sein, besagt jedoch nichts gegen die Geltung des Grundgedankens des Art. 103 II GG im Auflagenbereich. Wenn zwei Gesetze einen Tatbestand regeln, so ist diese Tatsache allein noch kein Grund, deswegen das eine für auf den Tatbestand unanwendbar zu erklären.

58) a.a.O.

Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit auch der Zulässigkeit der Ermächtigung zur "Erfindung" solcher Maßnahmen entgegen, die zu den gesetzlich festgelegten in einem wirklichen Verhältnis des Minus zum Maius stehen würden. -- Diese letztere, grundsätzliche These leuchtet allerdings m.E. kaum ein ⁵⁹⁾. Daß die richterliche Schöpfung neuer Straforten -- wie etwa der von B r u n s . angezogenen Beispiele des Hausarrestes, Wochenendkarzers oder ähnlicher ("milderer") Arbiträrstrafen -- auf Grund einer gesetzlichen Generalermächtigung in einem Schuldstrafrecht nicht angeht, ergibt sich bereits aus den oben unter (a) genannten Gründen; auch wäre dies der kontinentalen Rechtstradition fremd. Bei den Maßregeln der Sicherung und Besserung hingegen tritt dieses Maius-minus-Argument -- freilich in etwas anderer Form -- bereits gesetzlich hervor, und zwar in Gestalt des Subsidiaritätsgrundsatzes, demzufolge der Richter gehalten ist, -- gegebenenfalls unter Kombination mehrerer Maßregeln nach § 42 n StGB -- die den Täter im Einzelfall jeweils am wenigsten beschwerende Eingriffsmöglichkeit auszuwählen. Welche rechtsstaatlichen Gründe sollten der Übertragung dieses Gedankens aus dem Bereich der Auswahl der jeweils mildesten Maßregel unter den gesetzlich abschließend normierten auf den der richterlichen Neuschöpfung milderer Maßregeln entgegenstehen? Wenn das Gesetz die Anordnung solcher weniger einschneidenden Maßregeln nicht vorsieht "und damit einen solchen Eingriff verbietet" ⁶⁰⁾, so ist damit m.E. noch nicht gesagt, daß dies von Verfassungs wegen auch unbedingt so sein müßte. Die allgemein anerkannte Beschränkbarkeit des Berufsverbots nach § 42 l StGB und die -- wohl nur aus kriminalpolitischen Gründen strittige -- Frage der Beschränkbarkeit der Maßregel nach § 42 m deuten eher auf das Gegenteil hin. Meines Erachtens wäre es grundsätzlich ohne weiteres denkbar, wenn das Gesetz im Bereich der sichernden und bessernden Maßregeln eine Generalklausel des Inhalts

59) Auch B o c k e l m a n n z.B. meinte in der Diskussion auf der Erlanger Tagung, an der Maius-minus-These sei "unbestreitbar etwas Richtiges".

60) B r u n s , GA 1959, 207

vorsehen würde, der Richter könne im Subsidiaritätsfalle beliebige -- allerdings weniger einschneidende -- Maßregeln anordnen. Der Grund, warum diese Regelung, die vielleicht sogar kriminalpolitisch einiges für sich hätte, nicht getroffen worden ist, liegt wohl darin, daß es im Einzelfall u.U. sehr schwierig werden könnte, festzustellen, ob die beabsichtigte "unbenannte" Maßregel denn auch wirklich weniger einschneidend ist als die im Gesetz beispielhaft aufgezählten. Wenn dem allerdings so ist, dann wurzelt das Verbot der richterlichen Neuschöpfung -- sei es auch "leichterer" -- Maßregeln, -- das ist B r u n s im Ergebnis zuzugeben --, letztlich doch wieder in Art. 103 II GG. Denn wo im Einzelfall ein derartiger Zweifel auch nur denkbar ist, da ist auch die Möglichkeit einer in Wahrheit doch einschneidenderen Maßnahme und damit die Gefahr einer "Willkür zu Ungunsten" jedenfalls nicht auszuschließen, was Art. 103 II GG aber gerade gewährleisten will.

Damit ist für die vorliegende Untersuchung ein neuer, wichtiger Gesichtspunkt gewonnen. Das Problem der entsprechenden Geltung des Satzes "Nulla poena sine lege" erweist sich nun als das Problem der e i n d e u t i g e n B e s t i m m b a r k e i t des Minus an Freiheitsbeschränkung der "unbenannten" gegenüber der im Gesetz aufgeführten Maßnahme in jedem denkbaren Einzelfall. Es kommt also m.a.W. darauf an, ob für eine abstrakte Betrachtungsweise nach der gesetzlichen Fassung der jeweils fraglichen Generalklausel die rechtliche Möglichkeit einer die gesetzlich festgelegten an Schwere des Eingriffs erreichenden oder gar überbietenden "unbenannten" Maßnahme mit hinreichender Sicherheit auszuschließen ist. Wann und soweit dies der Fall ist, sind auch die Rechtsfolgen-Generalklauseln im Bereich des AufLAGenrechts verfassungsmäßig. -- Unter diesem Gesichtspunkt sind nun die im StGB und im E 1958 vorgesehenen Auflagen-Generalklauseln zu überprüfen.

Bei den "besonderen Pflichten" nach § 42 h StGB sowie nach den entsprechenden Bestimmungen des E 1958 über die Maßregelaussetzung ist das jeweilige Vorliegen oder Nichtvorliegen eines solchen Mäius-minus-Verhältnisses zwischen

der ausgesetzten Maßregel und der beabsichtigten Maßnahme nach der Zwecksetzung dieser Sicherungsauflagen -- Lockerung der Überwachung -- stets eindeutig feststellbar. Dies wird durch einen Überblick über die -- insbesondere durch die Arbeiten von S t o l z e n b u r g und E i c h l e r bisher bekannt gewordenen -- Sicherungsauflagen bestätigt ⁶¹⁾, wie es auch an den in § 102 E 1958 ⁶²⁾ beispielhaft aufgezählten Weisungen im Rahmen der Sicherungsaufsicht deutlich wird, die ihrem Wesen und ihrer Zweckbestimmung nach geradezu als "ambulante Sicherungsverwahrung" ⁶³⁾ bezeichnet werden kann ⁶⁴⁾. § 42 h StGB ist daher verfassungsmäßig, ebenso wie die entsprechenden Bestimmungen im E 1958 ⁶⁵⁾. -- Im Gegensatz dazu hat v.a. P e t e r s für die bei der Strafaussetzung zur Bewährung nach § 24 StGB zu machenden Auflagen in anderem Zusammenhang ⁶⁶⁾ überzeugend nachgewiesen, daß diese in ihrer Zweckrichtung nicht eindeutig begrenzba- ren Maßnahmen im Vergleich zu der ausgesetzten Strafe ein aliud darstellen oder wenigstens nach ihrem Sinn und Zweck im Einzelfall darstellen können oder sogar sollen. Ein ech- tes bzw. eindeutig feststellbares Malus-minus-Verhältnis in diesem Sinne besteht also zwischen der ausgesetzten S t r a - f e und der Bewährungsaufgabe grundsätzlich nicht; das all- gemeine Postulat der Gesetzesbestimmtheit kommt daher inso- weit voll zum Zuge: § 24 I S. 2 StGB ist in seinem über die

61) Sh. unten im 6. Kap., 6. Abschn. unter I 2.

62) = § 100 der Überarb. Fassung des BMJ (1959)

63) So die Formulierung von B r u n s ZStrW 71, 245 im An- schluß an K o f f k a, Niederschr. III S. 242; vgl. auch in anderem Zusammenhang S t r e e, a.a.O., S. 211

64) In einem engeren Sinne als dem von L a n g - H i n - r i c h s e n gebrauchten; dazu unten unter 2 a.

65) Im übrigen weist S t r e e, a.a.O., S. 208 f. darauf hin, daß bei den Auflagen nach § 42 h auch kein mittelba- rer Zwang auf den Verurteilten ausgeübt werde, nachdem -- anders als bei der Aussetzung der Strafe zur Bewährung -- der Widerruf der Entlassung nicht an die Zuwiderhandlung gegen die Auflage geknüpft, sondern von einer stets eigens nachzuweisenden tatsächlichen Gefährdung der Allgemei- heit abhängig gemacht ist, die Auflage daher letzten En- des einen bloßen Hinweis für den Entlassenen enthalte, welches Verhalten von ihm erwartet wird, damit er die öffentliche Sicherheit künftig nicht gefährde.

ausdrücklich aufgeführten Beispiele hinausgehenden Teil wegen Verstoßes gegen Art. 103 II GG verfassungswidrig und nichtig; die §§ 77, 78 E 1958 dürfen in der vorliegenden, gleichfalls die Generalklausel enthaltenden Fassung nicht Gesetz werden.

2.) Grundsätzlich andere Gedankengänge, als sie von B r u n s , aber auch als sie h i e r dargelegt worden sind, zeigt L a n g - H i n r i c h s e n in seinem jüngsten Gutachten zum 43. Deutschen Juristentag ⁶⁷⁾ auf: Er stimmt zunächst B r u n s insoweit zu, als eine Befugnis des Gesetzgebers zur Ermächtigung des Richters zur unbeschränkten Neuschöpfung von Auflagen nicht aus dem Gedanken eines Plus-minus-Verhältnisses von Strafen und Auflagen hergeleitet werden könne. Im übrigen sei aber bereits der Ausgangspunkt jener Lehre, nämlich die Annahme einer selbständigen "dreispurigen" Reaktion neben der Strafe und neben der Maßregel unrichtig. Er weist darauf hin, daß nicht nur das Institut der Strafaussetzung, sondern auch die Strafe selbst einen inneren Wandel durchgemacht hätten. So, wie die Strafaussetzung nun nicht mehr in erster Linie der Vermeidung der "schädlichen" kurzfristigen Freiheitsstrafe diene ⁶⁸⁾, so erschöpfe sich auch der moderne Strafvollzug nicht in Freiheitsentzug, sondern sei vielmehr Mittel für die Erfüllung der Aufgaben der Vergeltung und Resozialisierung. Strafvollzug und Strafaussetzung dienten daher denselben Zielen, und dementsprechend bestimmten sich auf der anderen Seite auch die Mittel zu deren Erfüllung, nämlich "Auflagen" und "Weisungen", beim "stationären" Strafvollzug ebenso wie beim "ambulanten", der Strafaussetzung. Nur erschienen diese Maßnahmen im Rahmen des Anstaltsvollzuges, also einer allgemeinen Unfreiheit, nicht so dediziert und abgegrenzt wie im Zustande der Freiheit des Verurteilten. Denn die mit der Freiheitsentziehung selbst schon automatisch verbundenen, ein-

66) Nämlich gelegentlich der Widerlegung der Theorie von der "begrenzenden Wirkung der Strafe"; sh. dazu ausführlich mit weiteren Nachw. unten im 2. Kap. unter I A 1 b.

67) a.a.O., S. 77 ff.

68) Vgl. oben Einleitung unter 1

schneidenden Beschränkungen überlagerten und verdeckten angesichts ihrer Schwere die im Strafvollzug angeordneten Einzelmaßnahmen. Diese Unterschiede betrafen jedoch nur den optischen Eindruck, nicht die Sache selbst: Die Auflagen seien in b e i d e n Fällen der Strafe nicht k o -ordiniert, sondern s u b -ordiniert. Sie gäben ihr den Inhalt, der im Vollzuge zur Entfaltung gelange, seien also in der Strafe bereits enthalten, konkretisierten sie lediglich und fügten ihr nichts Neues hinzu. Daher bedürften sie bei der Strafaussetzung verfassungsrechtlich ebensowenig einer abschließenden Katalogisierung, wie dies bei den im stationären Strafvollzug zu ergreifenden Einzelmaßnahmen der Fall sei ⁶⁹⁾.

Die Darlegungen L a n g - H i n r i c h s e n s können in ihrem Ausgangspunkt kaum bestritten werden. Man kann sicherlich die "Auflagen" und "Weisungen" im Rahmen des Anstalts-Strafvollzugs und im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung zueinander in Parallele setzen und sie als Gestaltungsmittel im einen Falle des "stationären", im anderen Falle des "ambulanten" Strafvollzugs als in dem Oberbegriff der Strafe enthalten, dieser also gerade nicht -- wie es die Lehre von der "Dreispurigkeit" tut -- koordiniert, sondern subordiniert denken. Die Folgerung jedoch, die L a n g - H i n r i c h s e n hieraus zieht, erscheint mir im Hinblick auf Art. 103 II GG als eine gefährliche dogmatische Spekulation. Die Anwendbarkeit des Satzes "Nulla poena sine lege" im Bereich der Bewährungsauflagen hängt mit dem Erkenntnis zur "Dreispurigkeit" nur sehr äußerlich und lose zusammen, bedeutet doch dieser bildliche Ausdruck, wie bereits in der Einleitung zu dieser Arbeit bemerkt, nichts anderes als eine bloße façon de parler, aus der unmittelbare dogmatische Folgerungen nicht zu ziehen sind. Unabhängig von der Frage "Dreispurigkeit oder nicht?", die im Grunde ja doch nur eine solche des dogmatischen Geschmacks ist, scheint

69) Ob die Erlanger Diskussionsbemerkung von H a l l , der Auflagenrichter müsse (!) als Herr des "ambulanten Strafvollzugs" ebenso dastehen wie der Gefängnisdirektor als Herr des "stationären", ohne weiteres dasselbe bedeuten sollte, dürfte zweifelhaft sein.

mir Art. 103 II GG seinem Sinne nach eine Gleichschaltung der Auflagen und Weisungen bei der Strafaussetzung mit derjenigen im (stationären) Strafvollzug nicht zuzulassen. Wie bereits dargelegt, bezweckt die Verfassungsvorschrift einen Schutz vor willkürlich vom Staate aufzuerlegenden Übeln. Dieser Schutz ist dann und nur dann nicht notwendig, wenn und soweit die zweifellos schärfste Maßnahme, die gegen einen Rechtsbrecher verhängt werden kann, im Gesetz genannt ist, so daß die "Willkür" des Richters mit jedem Zweifel ausschließender Sicherheit in jedem denkbaren Einzelfall sich nur zugunsten des Angeklagten bzw. Verurteilten auswirken kann. Nun ist es, wie L a n g - H i n r i c h s e n selbst einräumt ⁷⁰⁾, beim "stationären" Strafvollzug so, daß die mit der Freiheitsentziehung selbst schon automatisch verbundenen, einschneidenden Beschränkungen angesichts ihrer Schwere die im Strafvollzug eigens angeordneten Einzel-"auflagen" und "-weisungen" überlagern und verdecken, während bei der Strafaussetzung zur Bewährung die Freiheit des Verurteilten durch die Auflagen überhaupt erst beschränkt wird. Auf der anderen Seite ist es aber auch nicht so, daß die im Falle der Strafaussetzung zu erteilenden Auflagen in jedem Falle gegenüber der Vollstreckungsstrafe als milder erscheinen würden ⁷¹⁾. Dies bedeutet, daß wohl bei der letzteren die Möglichkeit der "willkürlichen" Verhängung gleichschwerer oder gar schwererer Auflagen mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen erscheint, während es bei der "Aussetzungsstrafe" keine gesetzlich festgelegte, das Leidempfinden eines normalen Verurteilten "schwerstmöglich" treffende Maßnahme gibt, der gegenüber alle frei erfundenen Auflagen als "milder" erscheinen müßten. Im Ergebnis wird daher nach dem bereits Dargelegten die Auflagen-Generalklausel bei der Strafaussetzung gegenüber Art. 103 II GG auch von dieser Seite her nicht zu rechtfertigen sein.

3.) Das Ergebnis der Verfassungswidrigkeit der offenbar von so großen kriminalpolitischen Hoffnungen getragenen

70) a.a.O., S. 81

71) Vgl. oben zu Anm. 66

Auflagen-Generalklausel wird auch in Zukunft vielen Angriffen ausgesetzt sein. Die beiden wirklich grundsätzlichen Einwände sind bereits zurückgewiesen worden, nämlich einmal die These, daß die Auflagen und Weisungen ja ein "Minus" an staatlicher Machtausübung, einen quantitativ weniger einschneidenden Eingriff in die Freiheit des Verurteilten darstellten als die gesetzlich festgelegte Strafe, und zum anderen die dogmatische Konstruktion von L a n g - H i n - r i c h s e n , derzufolge Art. 103 II GG bereits durch die Tatsache der bloßen gesetzentsprechenden Verhängung von Strafe auch im Auflagenbereich genügt sei.

a) Es ließe sich nun weiterhin geltend machen, bei den für die entsprechende Geltung des Satzes "Nulla poena sine lege" angeführten Gründen handle es sich um in Wahrheit unbegründete rechtsstaatliche Bedenken, weil die Auflagen nicht erzwingbar seien. Es stehe dem Verurteilten ja frei, ob er den Auflagen nachkommen oder lieber die Vollstreckung der -- gesetzlich bestimmten -- Freiheitsstrafe auf sich nehmen wolle ⁷²⁾. Diesem Argument ist nun nicht allein mit dem des psychischen Zwanges ⁷³⁾ zu begegnen ⁷⁴⁾, dem man ja seinerseits entgegenhalten könnte, man würde damit die oben (für die Auflagen im Rahmen der S t r a f -aussetzung) verneinte

72) So zuletzt allgemein gegen die Annahme der Gesetzeswidrigkeit von Auflagen die insoweit unhaltbare Entscheidung des OLG Nürnberg in NJW 1959, 1452 mit abl. Anm. B r u n s , a.a.O., 1396

73) Vgl. schon G r a u - S c h ä f e r , Gnadenrecht, S. 289: "Da...dem Verurteilten, um Aussetzung zu erlangen, nichts anderes übrig bleibt, als sich zu unterwerfen, so bedeutet die Anordnung von 'Maßnahmen' zwar keinen rechtlichen, aber einen kaum wesentlich schwächeren tatsächlichen Zwang für den Verurteilten, der Anordnung nachzukommen". -- Heute wohl h.M.; vgl. neuestens S t r e e , a.a.O., S. 138; Dalcke-Fuhrmann- S c h ä f e r , a.a.O., S. 24

74) Ob dieses Argument freilich auch hinsichtlich der Auflagen bei der M a ß r e g e l -aussetzung durchgreifen würde, ist nach den Ausführungen von S t r e e , a.a.O., S. 208 f. (vgl. oben Anm. 65) zumindest zweifelhaft. Darauf kommt es jedoch bei den Sicherungsaufgaben nicht mehr entscheidend an, nachdem für diese bereits oben das Bestehen einer Minus-minus-Relation gegenüber den entsprechenden Sicherungsmaßregeln und damit die Verfassungsmäßigkeit der Generalklausel in diesem Bereich bejaht wurde.

Maius-minus-Relation letzten Endes doch wieder zugeben ⁷⁵⁾. Viel gewichtiger scheint mir die folgende Erwägung zu sein: Das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung wurde ursprünglich zu dem Zwecke geschaffen, die hinlänglich bekannten, zu dem vom Gesetz beabsichtigten Zweck in keinem Verhältnis stehenden Nachteile, die sich aus der Verbüßung der kurzfristigen Freiheitsstrafe für die Wiedereingliederung des Verurteilten regelmäßig ergeben ⁷⁶⁾, durch die Aussetzung der Vollstreckung zu vermeiden. Es besteht also offenbar ein erhebliches kriminalpolitisches Interesse daran, daß der Verurteilte die verhängte Strafe **n i c h t** verbüßt. Die Auflagen haben insoweit die Funktion, die durch die Aussetzung der Strafvollstreckung zunächst in Frage gestellte Bewährung des Rechts zu erweisen und die Aussetzung somit kriminalpolitisch erst tragbar zu machen ⁷⁷⁾. Die Möglichkeit des Widerrufs der Aussetzung ist nur die unvermeidliche Sanktion des Strafausspruchs für den Fall, daß der Verurteilte die Auflagen nicht erfüllt, gewissermaßen das einzige Mittel ⁷⁸⁾, um schließlich die Kapitulation des Rechts vor dem renitenten Verurteilten zu vermeiden. Auf der anderen Seite erschöpft sich der Sinn der Strafaussetzung zur Bewährung nicht in einem Laufenlassen, in der Drohung künftiger Strafvollstreckung, sondern er ist vielmehr in einer nachhaltigen Einwirkung auf den Täter während der Bewährungszeit zu erblicken ⁷⁹⁾. Der Gesetzgeber bekundet durch die Ausgestaltung des Auflagenrechts als eines eigenständigen Reaktionsmittels, als kriminalpolitisch ausgerichteter "dritter Spur" des modernen Kriminalrechts sein erhebliches In-

75) Freilich nur scheinbar: Denn dafür, ob die Auflage gegenüber der Vollstreckung der kurzfristigen Freiheitsstrafe wirklich das "kleinere Übel" darstellt, kann wohl nicht allein das subjektive Empfinden des einzelnen Verurteilten maßgebend sein.

76) Vgl. etwa G r a u bei Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, 2. Aufl., Berlin 1935, S. 183 f.

77) Vgl. dazu oben Einleitung unter 1

78) Eine Abänderung der Auflagen wird nur selten in Frage kommen.

79) Amt. Begr., S. 75

teresse daran, daß der Verurteilte die ihm zur Pflicht gemachten Auflagen auch wirklich erfüllt. Er will dem Verurteilten auch insoweit keine "Wahl" anheimstellen. Wenn die Auflagen nicht im eigentlichen Sinne erzwungen werden können, so liegt das in ihrem Wesen als des Versuchs der Aktivierung der Eigenkräfte des Verurteilten begründet, mit dem jeder Vollstreckungszwang als von Natur aus unvereinbar erscheint. Umso bemerkenswerter ist es daher, wenn das Gesetz nur im Falle der bedingten Entlassung nach § 26 StGB, also allein in dem Falle, in dem es nach den Erfahrungen der Praxis kriminalpolitisch einfach nicht anders geht ⁸⁰⁾, die Aussetzung des Strafrestes -- und damit freilich mittelbar auch die Erfüllung der Auflagen -- an die ausdrückliche Zustimmung des Verurteilten knüpft, im übrigen aber die Auflagen unbedingt und auch gegen den Willen des Verurteilten ⁸¹⁾ verhängt. Der Bedeutung der Auflagen entspricht es auch, wenn das Gericht und nicht etwa die Vollstreckungsbehörde deren Erfüllung überwacht ⁸²⁾. Die einzige Besonderheit der Auflage gegenüber der zu verbüßenden Strafe in dieser Hinsicht besteht letztlich darin, daß es dem Verurteilten rein faktisch leichter fällt, sich der über ihn verhängten Auflage zu entziehen, -- indem er nämlich nichts tut bzw., ohne sich um das Verbot zu kümmern, die ihm verbotene Tätigkeit vornimmt --, als dies bei der Strafe der Fall ist, wo er sich erst durch Flucht oder ähnliche Anstrengungen aus den Maschen der Justiz befreien muß. In Wirklichkeit können Argumente wie dieses letztlich nur dazu beitragen, eine (scheinbare) dogmatische Legitimation zu geben für das kriminalpolitische Dogma: Die Waffe des Auflagenrechts wird stumpf, wenn die Generalklausel wegfällt! Und d i e s e s Argument liegt natürlich auf einer ganz anderen Ebene. Selbst wenn es richtig sein sollte -- nach dem Ergebnis der Erörterungen der Zulässigkeitsgrenzen der Auflagen in den folgenden Kapiteln werden sich immerhin gewisse Zweifel daran nicht un-

80) Vgl. Amtl. Begr., S. 81

81) Vgl. das instruktive Beispiel IG Hannover BewH 1959, 187.

82) BGHSt. 10, 288; h.M.

terdrücken lassen -- so muß doch der Satz gelten: Der Rechtsstaat, der sich in seiner Verfassung selbst bindet, muß gegebenenfalls auch auf das kriminalpolitisch Notwendige verzichten!⁸³⁾

b) Der letzte, v.a. von D ü r i g⁸⁴⁾ und S t r e e⁸⁵⁾ gegen die Ausdehnung des Grundsatzes "Nulla poena sine lege" auf die "dritte Spur" des Kriminalrechts erhobene Einwand schließlich beruht auf einem Mißverständnis. Wenn gesagt wird, wenn Art. 103 II GG, der seinem Wortlaut nach ja nur für die "Strafen" gilt, auf die Maßregeln der Sicherung und Besserung und entsprechend dem Dargelegten auch auf die Auflagen übertragen werden müsse, so sei § 2 IV StGB⁸⁶⁾ verfassungswidrig, so werden hierbei zwei verschiedene Rechtssätze vermengt. Das in § 2 IV StGB ausnahmsweise durchbrochene Verbot rückwirkender Strafdrohungen, das ebenso wie der Grundsatz der gesetzlichen Bestimmtheit der Strafrechtsfolgen in Art. 103 II GG enthalten ist, fällt mit jenem lediglich insoweit zusammen, als es die vergangenheitsbezogene, tatsächliche Strafe betrifft, die an die Verantwortlichkeit des Täters und damit auch an das Erfordernis "eines für den Täter v o r h e r unmittelbar 'einsichtigen' Rechtssatzes"⁸⁷⁾ anknüpft. Ein solches Vorherwissen der Sanktion seitens des Täters auch bei den zukunftsbezogenen sichernden Maßregeln zu verlangen, wäre freilich wenig sinnvoll. Mit diesem Erfordernis aber auch das der Gesetzesbestimmtheit für die

83) Nach einer Formulierung von N o w a k o w s k i , ÖJurBl. 1958, 193

84) Maunz-Dürig, a.a.O., Rdnr. 117, insbes. FN. 2

85) Deliktsfolgen, a.a.O., S. 25 ff., 28, 30 ff. und v.a. 34 f., 144. -- S t r e e , a.a.O., S. 144 ff. prüft die Generalklausel lediglich unter dem Gesichtspunkt ihrer Vereinbarkeit mit dem in Art. 2 I GG konkretisierten allgemeinen Rechtsstaatsgedanken und kommt -- insoweit zutreffend -- zum Ergebnis ihrer Verfassungsmäßigkeit, da die aus ihr ableitbaren richterlichen Befugnisse "immerhin trotz des weiten Spielraumes meßbar und nachprüfbar" seien (a.a.O., S. 147).

86) § 2 StGB lautet:

(I) Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

Maßregeln fallen zu lassen, dafür besteht kein Grund. Denn jenes besitzt, wie dargelegt, neben diesem innerhalb des Art. 103 II GG seine eigene Schwere. Beide Rechtsprinzipien -- Gesetzesbestimmtheit und Rückwirkungsverbot -- sind, obgleich in ein und derselben Verfassungsbestimmung enthalten, scharf voneinander zu trennen; von der Geltung des einen auf die des anderen lassen sich keine Schlüsse ziehen⁸⁸⁾. Etwas Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus dem Wortlaut des § 2 StGB⁸⁶⁾, denn diese Gesetzesbestimmung handelt nur deshalb in ihren Abs. I - III ausdrücklich nur von "Straf"-barkeit und "Strafe", weil die umstritten gewesene Frage der Rückwirkung in Abs. IV geregelt werden sollte⁸⁹⁾.

3.) Einen berechtigten Kern muß man freilich all diesen "Versuchen zur Rettung der Generalklausel" zugestehen. Wenn wir auch -- entgegen der Amtl. Begründung zum E 1958⁹⁰⁾ -- ein Übergewicht der Kriminalpolitik gegenüber verfassungsrechtlichen Bedenken nie anerkennen dürfen und können⁹¹⁾, so muß doch im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen den echten kriminalpolitischen Bedürfnissen in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden. Dies wäre allerdings durch einen rechtsstaatlich idealen, abgeschlossenen, in Voraus-

(II) Die Strafe bestimmt sich nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt. Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden.

(III) Ein Gesetz, das nur für eine bestimmte Zeit erlassen ist, ist auf die während seiner Geltung begangenen Straftaten auch dann anzuwenden, wenn es außer Kraft getreten ist.

(IV) Über Maßregeln der Sicherung und Besserung ist nach dem Gesetz zu entscheiden, das zur Zeit der Entscheidung gilt.

87) D ü r i g , a.a.O.

88) Dies hat schon B r u n s in der bezeichnenderweise weder bei D ü r i g , a.a.O., noch bei S t r e e , a.a.O., S. 34 FN. 103 zitierten Stelle GA 1959, 197 Anm. 14 betont.

89) Vgl. J a g u s c h , IK, § 2 Anm. IV

90) a.a.O., S. 78

91) Wie die Amt.Begr. aber wohl auch L a c k n e r auf der Erlanger Strafrechtslehrtagung und neuerdings H e i - n i t z , Individualisierung, a.a.O., S. 21, hingegen

setzungen und Rechtsfolgen eng umgrenzten Katalog von Auflagen oder Weisungen in Frage gestellt. Denn -- anders als Sühne und Vergeltung -- drängt die den Auflagen und Weisungen eigene Zielsetzung der Spezialprävention zum Ermessen ⁹²⁾. Davon ausgehend, hält z.B. S c h r ö d e r ⁹³⁾ die Generalklausel im Bereich der Auflagen bei der Strafaussetzung zur Bewährung für "der Natur der Sache angemessen und richtig", und P e t e r s ⁹⁴⁾ meint sogar, bei den "Erziehungsanordnungen" sei eine Einstellung auf den Einzelfall erforderlich und eine abschließende Regelung überhaupt nicht möglich. Ganz ähnlich machte ursprünglich S i e v e r t s ⁹⁵⁾ in der Großen Strafrechtskommission den Vorschlag, die der Genugtuung für das begangene Unrecht dienenden "Auflagen" nach § 77 E 1958 enumerativ aufzuführen, es hingegen bei den "Weisungen" nach § 78 wie bisher bei einer mit bloß beispielsweise Aufzählung verbundenen Generalklausel zu belassen ⁹⁶⁾. Trotz alledem: "We cannot eat our cake and have it", wir können nicht die Vorteile eines rechtsstaatlichen Kriminalrechts genießen, die untrennbar damit verbundenen Schwierigkeiten aber umgehen wollen. Die Lösung kann hier nur in einem Kompromiß zwischen dem rechtsstaatlichen Ideal einerseits und dem kriminalpolitisch Wünschenswerten andererseits gefunden werden, eben in dem rechtsstaatlich wie kriminalpolitisch gleichermaßen noch Tragbaren ⁹⁷⁾. Zur Verwirklichung dieses

nicht ohne weiteres L a n g - H i n r i c h s e n , Gutachten, S. 83 f.

- 92) D r o s t , Ermessen, passim; vgl. auch NJW 1955, 1257; E n g i s c h , Konkretisierung, S. 217; ferner W e l - z e l in Kohlrausch-Festschrift, a.a.O., S. 101 ff.
- 93) Gutachten, S. 97
- 94) KrimSt., S. 186
- 95) Niederschriften III, S. 47 f. und 332; anders schon a.a.O., S. 162 und 364: Generalklausel auch für "Auflagen".
- 96) Ähnlich wohl der Diskussionsvorschlag von Hellmuth M a y e r auf der Erlanger Tagung; neuerdings v.a. S t r e e , a.a.O., S. 144 und FN. 26, S. 147 FN. 34, kritisch hierzu L a n g - H i n r i c h s e n , Gutachten, S. 83, insbes. Anm. 232
- 97) In diesem Sinne schon D r o s t , Ermessen, S. 198 ff. -- Die Notwendigkeit eines Kompromisses betonten auch die Diskussionsredner auf der Erlanger Strafrechtslehrer-

Kompromisses bietet sich wohl allein der von B r u n s ⁹⁸⁾ vorgeschlagene, evtl. um Einzelnummern erweiterte und elastisch zu fassende, aber abschließende Katalog an, demgegenüber man nach den aufgezeigten Überlegungen auch kaum mehr sinnvollerweise wird einwenden können, er stelle eine "verkappte Generalklausel" dar ^{99) 100)}.

B 1.) Unerörtert blieb in diesem Zusammenhang bisher die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Generalklausel des § 10 I S. 2 JGG. Diese Zurückstellung findet ihre Rechtfertigung darin, daß das Jugendkriminalrecht, ein Täter- und Erziehungs-"Strafrecht", in seinem völlig eigenständigen Rechtsfolgensystem gegenüber dem Erwachsenenstrafrecht in vieler Hinsicht eigene Wege geht. Bestehen schon hinsichtlich der S t r a f -arten und der S t r a f -zumessung zwischen beiden Rechtsgebieten dogmatische Unterschiede von ganz erheblicher Bedeutung ¹⁰¹⁾, so muß dies naturgemäß für die Erziehungsmaßregel der Weisung als der Rechtsfolgenart, die das Erwachsenenstrafrecht als solche überhaupt nicht kennt, am stärksten gelten.

Bevor hier allerdings die eigentliche Frage der Verfassungsmäßigkeit der jugendkriminalrechtlichen Generalklausel angeschnitten werden kann, ist noch kurz auf die Verfassungsmäßigkeit der strafrichterlichen Jugenderziehung als solcher im Hinblick auf das in Art. 6 II S. 1 GG garantierte Elternrecht einzugehen. Dies erscheint umso weniger überflüssig, als noch heute das führende

tagung 1959; dieser sollte allerdings einfach in der Beibehaltung der Generalklausel bestehen. Vgl. dagegen B r u n s NJW 1959,1398

98) GA 1956,213

99) So zunächst z.B. K r i l l e in Niederschr. I, S. 284 zum Katalog der Weisungen im Rahmen der Sicherungsaufsicht und neuerdings allgemein L a n g - H i n r i c h s e n , Gutachten, S. 83

100) Dies zugleich auch gegen J e s c h e c k ; vgl. oben unter I

101) Vgl. dazu insbesondere die Kommentare zum JGG von Dallinger-Lackner und Potrykus, ferner ein besonders drastisches Beispiel aus der jüngsten Rspr., LG Hamburg MDR 1959,511: 9 Monate Jugendstrafe für Mundraub!

Lehrbuch des deutschen Strafrechts¹⁰²⁾ an der Zustimmung der elterlichen Gewalthaber -- also einem Grundrechtsverzicht! -- als Voraussetzung der Verbindlichkeit einer jugendrichterlichen Weisung schlechthin festhält. Die Rechtfertigungsversuche, die in dieser Richtung zunächst angestellt wurden, überzeugten nicht recht. Dies gilt insbesondere von dem beliebten Hinweis auf Art. 6 II S. 2 GG¹⁰³⁾. Denn bei den Weisungen handelt es sich im Gegensatz zu der Schutzaufsicht nicht um bloße Überwachung der elterlichen Erziehung, sondern um unmittelbare¹⁰⁴⁾ Einflußnahme auf die Lebensführung des Jugendlichen und damit wenigstens teilweise Übernahme der Erziehung durch den Staat selbst¹⁰⁵⁾. Der Staat darf aber nach Art. 6 III GG die Erziehung u.a. nur dann an sich bringen, wenn die Kinder zu verwahrlosen drohen. Eine solche "Verwahrlosung" wird aber im Gegensatz zur Fürsorgeerziehung gerade bei den Weisungen als Reaktion auf die leichteste Kriminalität regelmäßig nicht vorliegen. Auch der Gegenschluß, daß, wenn das Grundgesetz in Art. 6 III GG nur die Trennung der Kinder von den Eltern als die schwerste Maßnahme an eng umschriebene Voraussetzungen binde, andere, leichtere Maßnahmen auch ohne deren Vorliegen zulässig seien, erscheint in Anbetracht der Variationsbreite der nach § 10 JGG möglichen Weisungen als mit der Garantiefunktion des Elternrechts kaum vereinbar¹⁰⁶⁾. Hier wendet nun H e l l m e r in seiner Monographie "Erziehung und Strafe"¹⁰⁷⁾ einen bestechenden Kunstgriff an, indem er den Begriff der "Verwahrlosung" näher analysiert. Er kommt dabei zu folgendem Ergebnis: Der Ge-

102) Maurach I, 2. Aufl. 1958, S. 707

103) Damit argumentierten etwa P o t r y k u s § 10 Bem. 3, 4; K.F.W. M ü l l e r RdJ 1955, 143. Sh. aber auch die beachtl. Auslegung dieser Best. durch S t r e e , a.a.O., S. 191 ff.

104) Die Auffassung von H. M a y e r , Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln 1953, S. 394, die "Weisungen" ergingen in Wahrheit an die Adresse der Eltern, ist heute allgemein überwunden; vgl. nur H e l l m e r , Erziehung und Strafe, S. 149 u. Anm. 41

105) So schon H e l l m e r RdJ 1955, 137; Erziehung und Strafe, passim; vgl. zuletzt B u r k h a r d t RdJ 1959, 178 u. S t r e e , a.a.O.

106) a.A. z.B. S t r e e , a.a.O.

107) a.a.O., S. 140 ff., 150 ff.; zustimmend B u r k h a r d t RdJ 1959, 179 u. neuestens wohl auch H e i n i t z , Individualisierung, S. 22 u. bes. Anm. 46

setzgeber hat in Art. 6 III GG einen Kompromiß geschlossen zwischen der natürlichen Gegebenheit einerseits und der sozialen Bindung andererseits. Er mußte eine Formel finden, um die Sozialgebundenheit der Erziehung unter Wahrung der natürlichen Belange auf diesem Gebiet zum Ausdruck zu bringen, und nahm dazu den Gesichtspunkt der in die Öffentlichkeit aus dem privaten Bereich hereinragenden Gefahr zu Hilfe: Bis zu den Anzeichen drohender Gefahr für den öffentlichen Bereich unangetastetes Elternrecht, von diesen Anzeichen an jedoch Eingriff der öffentlichen Hand. Diese (gedachte) Formel ist nun in den verschiedenen Gesetzen mit verschiedenem materialem Inhalt gefüllt worden; im Grundgesetz steht dafür der Ausdruck "Verwahrlosung". Nachdem Art. 6 GG die Erziehung im umfassenden Sinne meint, ist auch die Voraussetzung der staatlichen Zwangserziehung, eben die "Verwahrlosung", in demselben umfassenden Sinne einer Asozialität zu verstehen. Entscheidend ist nun in diesem Zusammenhang, daß die Gefahr, der mit den "Weisungen" zu begegnen ist, nicht erst bei einem allgemeinen moralischen Absinken, sondern auch bei begründeter Befürchtung auch bloß leichterer zukünftiger Gelegenheitstaten droht ¹⁰⁸⁾. Daß der Staat dieser Gefahr mit S t r a f e begegnen kann, steht außer Zweifel. Dies ist jedoch nach § 17 JGG wie nach der ganzen kriminalpolitischen Struktur dieses Gesetzes nur dann möglich, wenn "schädliche Neigungen" vorliegen. Daneben aber kann dem Staate -- wie H e l l m e r zutreffend hervorhebt -- ebensowenig wie im Recht der sichernden und bessernden Maßregeln ¹⁰⁹⁾ und der Auflagen des Erwachsenenstrafrechts grundsätzlich das Recht abgesprochen werden, auf den Rechtsbruch mit einer der Strafe k o m p l e m e n t ä r e n Reaktion zu antworten. Bei dieser Rechtfertigung der kriminalrechtlichen Weisungsgewalt aus dem Strafanspruch ist dann allerdings besonders zu betonen, daß es sich bei den "Weisungen" dann auch wirklich um eine "Komplemen-

108) Insofern erscheint es nicht unbedenklich, wenn P e t e r s in ZStrW 71,203 den Zusammenhang zwischen JGG und JWG allzusehr betont.

109) In diesem Sinne ist die oben S. 23 Anm. 50 zitierte Forderung von B r u n s u. a. nach staatspolitischer und ethischer Rechtfertigung auch der sichernden und bessernden Maßregeln zu verstehen.

tärreaktion" handeln muß, was nur, aber auch stets dann der Fall ist, wenn die Tat das begrenzende Maßprinzip für Inhalt und Umfang der erzieherischen Einwirkung bleibt. Unter dieser Voraussetzung einer so verstandenen Verhältnismäßigkeit des erzieherischen Eingriffs durch die "Weisungen" zu der "objektiven Tatschwere" ¹¹⁰⁾ ist daher das Recht der Weisungen nach § 10 JGG grundsätzlich als verfassungsmäßig anzuerkennen ¹¹¹⁾.

2.) Nun erst kann sich die Untersuchung der hier eigentlich interessierenden Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Generalklausel des § 10 I S. 2 JGG zuwenden. Ihr ist zunächst an Hand der oben ¹¹²⁾ für das Erwachsenenstrafrecht herausgearbeiteten beiden Kriterien nachzugehen:

a) Die dogmatische Funktion des Satzes "Nulla poena sine lege" entfällt bei den jugendrichterlichen Weisungen gänzlich. Denn insoweit der Staat mit "Weisungen", also Erziehungsmaßregeln, auf eine Straftat reagiert, wird der Jugendliche nicht für eine autonome sittliche Fehlentscheidung verantwortlich gemacht; die Verfehlung ist vielmehr das Symptom dafür, daß der Jugendliche zu solcher autonomer Entscheidung noch nicht fähig ist, und er deshalb erst dafür reif gemacht werden muß, indem ihm die Begriffe von Recht und Unrecht nahegebracht werden.

b) Weitaus schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob und gegebenenfalls in welcher Weise die aufgezeigte politische Funktion der Garantie der Gesetzesbestimmtheit der kriminalrechtlichen Sanktion bezüglich der "Weisungen" zum Zuge

110) Was damit gemeint ist, vgl. ausführlich bei H e l l m e r , a.a.O., S. 155-161. -- Gegen Dallinger- L a c k n e r § 5 N. 14 (kritiklos übernommen von G r e t h l e i n § 6 Anm. 3 a) vgl. richtig H e l l m e r , a.a.O., S. 159 Anm. 20 a.E.- Gegen die hier vertretene Auffassung wiederum S t r e e , a.a.O., S. 196 f.

111) Damit sind auch die Bedenken von C o h n i t z RdJ 1955, 140, der "Weisungen" bei "Zufallsangeklagten" für verfassungswidrig hält, überholt.

112) Vgl. oben A 1 a u. b.

kommt. Wie immer man diese Maßnahmen ihrer Zielsetzung nach ansehen will -- sicher ist, daß sie im Einzelfall erheblichen Übelscharakter tragen können und nach der Intention des Gesetzes u.U. auch tragen sollen ¹¹³⁾. Mit dem Maius-minus-Argument läßt sich die Generalklausel des § 10 I S. 2 JGG jedenfalls nicht rechtfertigen; denn lassen sich schon die Bewährungsaufgaben des Erwachsenenrechts nicht zu der ausgesetzten Freiheitsstrafe in Vergleich setzen, so kann dies bei den noch stärker erzieherisch ausgerichteten "Weisungen" des Jugendkriminalrechts im Verhältnis zur Jugendstrafe noch viel weniger angenommen werden. Auf der anderen Seite erscheint es mehr als zweifelhaft, ob etwa von der Persönlichkeitsstruktur des Jugendlichen her, etwa im Sinne einer "geringeren Leidempfindlichkeit", das Prinzip von der Begrenzung der staatlichen Willkür im Bereich des Kriminalrechts seiner grundsätzlichen Berechtigung entkleidet werden kann. Denn erweckt schon die Anlegung eines derart generalisierenden Maßstabes an und für sich Unbehagen, so läßt sich eine derartige "geringere Leidempfindlichkeit" in concreto nicht einmal für die bloße Mehrzahl der Jugendlichen im Vergleich zu den Erwachsenen feststellen. Von dieser Seite aus wird daher die Geltung des Satzes "Nulla poena sine lege" bzw. dessen Grundgedankens auch im Recht der jugendrichterlichen "Weisungen" kaum in Frage gestellt werden können.

c) Das Ergebnis der Verfassungswidrigkeit auch der jugendkriminalrechtlichen Generalklausel würde aber wohl nur wenig befriedigen, wie insbesondere auch Brun s ¹¹⁴⁾ unter Hinweis auf die stärkere Betonung des Erziehungsgedankens im JGG ¹¹⁵⁾ einräumt.

113) Man denke an die Arbeitsaufgabe, die freilich ihrer Natur nach nach h.M. eigentlich zu den Zuchtmitteln der "besonderen Pflichten" des § 15 JGG gehörte (vgl. Potrykus NJW 1954, 821 UJ 1954, 440 f.), nichtsdestoweniger aber ausdrücklich in § 10 I S. 2 Nr. 4 genannt ist.

114) NJW 1959, 1397 f.

115) Vgl. dazu auch allgemein unten im 2. Kap. unter II A 1. -- Ob der weitere, von Brun s, a.a.O., herangezogene Gesichtspunkt der Grundrechtsmündigkeit, der ja seinerseits einen Ausfluß des Erziehungsgedankens darstellt, als solcher geeignet erscheint, eine Ausnahme von dem Prinzip der Gesetzesbestimmtheit im Recht der JGG-"Weisungen" zu begründen, kann hier offen bleiben. Eine solche Ausnahme ergibt sich jedenfalls unmittelbar aus den sogleich näher darzulegenden Gründen.

In der Tat kann ein Unterschied in dieser Richtung, falls er überhaupt besteht, nur in dem unterschiedlichen rechtlichen S t a t u s der J u g e n d l i c h e n gegenüber dem Erwachsenen begründet liegen. Der Staat beansprucht gleichermaßen ein gewisses Erziehungsrecht gegenüber dem straffällig gewordenen Erwachsenen wie gegenüber dem Jugendlichen. Bei beiden aber ist dieses Erziehungsrecht als Eingriff in die Persönlichkeitssphäre nicht grenzenlos. Die Frage geht nur dahin, ob diese Grenzen beim Erwachsenen und beim Jugendlichen in der gleichen Weise zu ziehen sind. Hier ist folgendes zu bedenken: Erziehung des Erwachsenen bedeutet R ü c k - f ü h r u n g zu den allgemein anerkannten ethischen Gemeinschaftswerten, Erziehung des Jugendlichen H i n - f ü h r u n g zu diesen. Im ersten Falle muß sich die Persönlichkeit des Probanden eine U m - b i l d u n g gefallen lassen, im zweiten eine A u s - b i l d u n g; hier soll keine Fehl-Entwicklung zurückgedämmt, sondern eine Entwicklung angeregt werden. In dieser natürlichen Gegebenheit liegt ein Unterschied, dem auch bei der Gesetzesauslegung Rechnung getragen werden muß. Will man nicht schon mit B o c k e l m a n n ¹¹⁶⁾ und P r e i s e r ¹¹⁷⁾ dem Staat die Berechtigung zur erzieherischen Beeinflussung des Erwachsenen grundsätzlich absprechen, so darf man sie doch nur in einem Rahmen anerkennen, der wesentlich enger gezogen ist als der, einfach das erzieherisch Vernünftige zu tun ¹¹⁸⁾. Im Jugendkriminalrecht stellt sich die Rechtslage demgegenüber grundsätzlich anders dar. Die strafrichterliche Erziehung des Jugendlichen muß eingebettet gesehen werden in das System der staatlichen Jugenderziehung im ganzen, eben weil es wie diese die gleiche "Ausbildung" zum Ziele hat, der Straftat -- im Gegensatz zum Erwachsenenstrafrecht -- keine größere Bedeutung als die eines bloßen Anknüpfungspunktes der erzieherischen Reaktion zukommt. Die hierfür maßgebliche Bestimmung ist § 1 JGG ¹¹⁹⁾, der jedem deutschen Kindein Recht

116) Festschrift für Julius v. Gierke, a.a.O., S. 30 f.

117) Festschrift für Mezger, a.a.O., S. 74

118) Das betont mit Entschiedenheit v.a. B r u n s GA 1959,204 f.; ferner NJW 1958,1032; 1959,1394

119) Die für die rechtliche Betrachtung bestehende Zusammengehörigkeit von JGG und JWG in dieser Hinsicht betont in anderem Zusammenhang zu Recht P e t e r s in JZ 1957,65 und allgemein in ZStrW 71,203

auf Erziehung zuspricht, dessen Verwirklichung nötigenfalls der Staat, in dem durch Art. 6 GG gezogenen Rahmen sogar gegen den Willen der Eltern, durchzusetzen hat. Diese Erziehung als Ersatz der elterlichen Erziehung aber unterfällt dem Grundgedanken des Art. 103 II GG zweifelsfrei nicht. Der Staat kann den von den Eltern nicht erfüllten Erziehungsanspruch des Jugendlichen grundsätzlich nur dann verwirklichen, wenn ihm dieselben rechtlichen Möglichkeiten wie diesen zustehen. Speziell im Jugendkriminalrecht wird ja der Staat in den Fällen, in denen eine Behebung des in der Tat hervorgetretenen Erziehungs Mangels durch die Eltern selbst zu erwarten steht, nach den §§ 45, 47 bzw. 23 JGG von der Erteilung von "Weisungen" ohnehin absehen. In den übrigen Fällen jedoch, in denen eine Erziehung durch die Eltern nicht erwartet werden kann und der Staat deshalb das -- nur als Korrelat der elterlichen Erziehungs pflicht bestehende -- elterliche Erziehungsrecht an sich zieht, muß er dieses zum Wohle des Kindes auch in vollem Umfange ausüben können ¹²⁰⁾. Die Generalklausel des § 10 I S. 2 JGG ist daher verfassungsmäßig; sie steht insbesondere nicht im Widerspruch zu dem Grundgedanken des Art. 103 II GG.

120) Unbeschadet der oben dargelegten Begrenzung der staatlichen Maßnahme auf den durch die "objektive Tatschwere" gezogenen Rahmen.

2. K a p i t e l

"Dritte Spur" und Grundrechtsordnung.

Schon ein Blick in die Auflagenkataloge des geltenden Rechts läßt keinen Zweifel daran aufkommen, daß mit den Auflagen in Grundrechte eingegriffen werden kann, wie dies ja auch nach dem Wesen derartiger Maßnahmen gar nicht anders zu erwarten ist. Die den Auflagen durch die Grundrechtsordnung der Verfassung gezogenen Zulässigkeitsgrenzen waren daher auch schon zur Weimarer Zeit Gegenstand der Diskussion ¹⁾. Trotzdem weiß das Gesetz in § 305 a I S. 2 StPO nichts Näheres zu sagen, als daß Auflagen nicht "gesetzwidrig" sein dürften und sich "einschneidender, unzumutbarer Eingriffe in die Lebensführung" zu enthalten hätten. Auch in den Kommentaren und Lehrbüchern kehrt die inhaltsleere Wendung, die Auflagen (Weisungen) fänden ihre Grenze "insbesondere an den Grundrechten und dem Sit-
tengesetz", in stereotyper Weise wieder ²⁾. Neuere Untersuchungen lagen bis zu der groß angelegten Arbeit von S t r e e ³⁾ kaum vor ⁴⁾, und insoweit sie sich, wie etwa die Dissertation von Maria D e m s k i , mit den Grundrechtsproblemen eingehender befaßten, waren die Ergebnisse wenig praktikabel und erschöpften sich im Grunde in ebenso vieldeutigen wie nichtssagenden Formeln. Dies

-
- 1) Vgl. v.a. P e t e r s , KrimSt., S. 200; ferner noch einmal zusammenfassend D e m s k i , Diss., S. 69 ff.
 - 2) Selbst in grundsätzlichen dogmatischen Fragen sonst so hervor-
ragende Werke wie der Kommentar von Kohlrausch- L a n g e
§ 24 Anm. III und das Lehrbuch von M a u r a c h I S. 642
kommen in systematischer Hinsicht über diese Formel nicht hinaus!
--- Noch deutlicher im Jugendkriminalrecht: vgl. insbes.
P o t r y k u s , JGG, § 10 Bem. 3; NJW 1954, 822; UJ 1954,
442; RdJ 1955, 145; H i n r i c h s e n RdJ 1954, 316;
H o l z s c h u h in: Neue Wege, a.a.O., S. 171; K.F.W.
M ü l l e r RdJ 1955, 144 m.Nachw.; S c h n i t z e r l i n g
DAR 1956, 124; MDR 1957, 201; M i d d e n d o r f f Referat,
a.a.O., S. 16 und selbst J a g u s c h LK § 10 JGG Anm. 3.
 - 3) Deliktsfolgen und Grundgesetz, a.a.O.
 - 4) Die Tübinger Dissertation von Wolfgang W o l k e n h a u e r
mit dem Titel "Die Auswirkungen der Grundrechte auf das Straf-
recht" (1958) berührte dieses Thema nicht einmal. Erst der
Grundgesetz-Kommentar von Maunz- D ü r i g wandte sich neuer-
dings auch diesen Fragen zu.

geht, im Ganzen gesehen, freilich weniger auf das Konto der Strafrechtswissenschaft, als es vielmehr eine Folge des Umstandes ist, daß einmal das Strafrecht bis in die Gegenwart hinein das "Stiefkind der Verfassungsrechtswissenschaft" gewesen ist, zum anderen grundsätzliche verfassungsrechtliche Probleme, wie etwa die Frage der Einschränkung von Grundrechten im sog. "besonderen Gewaltverhältnis" oder die der "Grundrechtsmündigkeit", auch in ihrem engeren (staatsrechtlichen) Heimatbereich alles andere als geklärt sind, ja, die -- oftmals noch durch terminologische Schwierigkeiten und Mißverständnisse festgefahrene -- staatsrechtliche Diskussion stellenweise als ausgesprochen unübersichtlich bezeichnet werden muß. Dies alles wird bei der folgenden Untersuchung in Rechnung zu stellen sein. Es sei dem Verfasser daher an dieser Stelle gestattet, dafür um Nachsicht zu bitten, wenn er in dem Bestreben, klare, auch für die Rechtsprechung praktikable Ergebnisse herauszuarbeiten, stellenweise unter Verzicht auf eigene Forschungen den verfassungsrechtlich wenigstens durch die Rechtsprechung oder doch durch eine "herrschende Lehre" abgestützten relativ "sicheren" Boden nicht verläßt und zur Grundlage der Lösung der Auflagenproblematik macht.

I.

A 1.) Einer ganz außerordentlichen Beliebtheit erfreuen sich bei der Untersuchung der verfassungsrechtlichen Grenzen des Strafrechts seit vielen Jahrzehnten die sogenannten Immanenztheorien, die bis in die jüngste Zeit zum gesicherten Bestand des Verfassungsrechts gehört haben, und deren Berechtigung erst durch neueste Forschungen, v.a. den Kommentar von M a u n z - D ü r i g , in Zweifel gezogen worden ist. Sie laufen bei allen Unterschieden in den Einzelheiten der dogmatischen Konstruktion im letzten Grunde alle auf die These hinaus, die Sanktionen des Kriminalrechts griffen überhaupt nicht in den Bestand der Grundrechte ein, da von diesen durch die mit dem Strafgesetz aufgerichteten "immanenten Schranken" ein grundrechtsfreier Raum abgetrennt worden sei. Von den Immanenztheorien ⁵⁾ sind zwei von besonderer Bedeutung:

5) Übersicht bei v. Mangoldt- K l e i n , S. 122 ff.

a) Die eine Theorie lautet dahin, ein Grundrecht sei s a c h - l i c h stets nur insoweit gewährt, als sich nicht aus irgend-einer Norm des Strafrechts eine Schranke für dessen Betätigung er-gebe. Die Beschränkung von Grundrechten sei "dem Strafrecht immanent"⁶⁾. Dieser anscheinend unausrottbaren These, die so ziemlich auf die ursprünglich von M i d d e n d o r f f ⁷⁾ vertretene Auf-fassung hinausläuft, das Strafrecht stehe "über der Verfassung, zumindest aber außerhalb ihres Bereiches", ist neuestens in über-zeugender Weise D ü r i g ⁸⁾ entgegengetreten. Danach ist in folgender Weise zu differenzieren: Die Theorie von den Normen des Strafrechts als immanenter (sachlicher) Grundrechtsschranke ist insoweit richtig, als kein Grundrecht, sei es mit, sei es ohne ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt, eine Ausübung zuläßt, die eine mit Kriminalstrafe bedrohte Handlung darstellt. Von der straf-rechtlichen Verbotsnorm und deren Bewertung als immanenter Schranke jeglicher Grundrechtsausübung ⁹⁾ ist jedoch scharf die staatliche Sanktion der Verbotsverletzung zu trennen. Durch sie wird dem Täter nur in den Fällen nichts an ursprünglicher Rechtsmacht genom-men, er vielmehr nur in die von vornherein bestehenden Schranken zurückverwiesen, in denen ihn die staatliche Reaktion an der drohen-den Verletzung einer strafrechtlichen Verbotsnorm hindern oder eine solche quasi "rückgängig" machen, den Täter gewissermaßen "an den grundrechtlichen Ausgangspunkt seiner störenden Handlungsweise zurückdrängen" will. Dies ist etwa bei der Rückgabe des Diebesgutes, bei der Einziehung der producta sceleris oder auch bei der Be-währungsaufgabe der Wiedergutmachung des durch die Tat entstandenen Schadens der Fall. In der Regel aber geht die strafrechtliche Reak-tion auf die Verbotsverletzung weit über die bloße Verhinderung oder Reparierung des jeweiligen verbotenen Grundrechtsfehlgebrauchs hinaus. Die Strafen, Maßregeln und auch Auflagen treffen den Täter meist ¹⁰⁾ auch gar nicht in dem Rechtsgut, das er grundrechtsmiß-bräuchlich durch die Tat verletzt hat, sondern antworten auf den

6) So offenbar erst neuerdings wieder D r e h e r - Maaßen § 24 Anm. 1 a.e.

7) RdJ 1955, 141. -- M i d d e n d o r f f hat übrigens in seinem Referat in MonKrim 1958, Sonderheft, S.16, seine extreme Auf-fassung inzwischen ganz unauffällig korrigiert.

8) Maunz-Dürig Art. 2 I Rdnr. 76 ff., insbes. 77 f.

9) Von der Möglichkeit verfassungswidriger Verbotsnormen sei hier ohnehin abgesehen. Auf sie weist D ü r i g, a.a.O., Rdnr.76 unter a) aa) zu Recht hin.

Rechtsbruch bewußt und gewollt mit neuen, zusätzlichen Grundrechtsbeeinträchtigungen. Es handelt sich daher bei ihnen um konstitutive Einschränkungen der Substanz der Grundrechte, nicht um Eingriffe in den durch immanente Schranken von diesen abgegrenzten, gewissermaßen "grundrechtsfreien" Raum. Damit ist die Theorie von den immanenten sachlichen Grundrechtsschranken in ihrem wesentlichen Teil widerlegt und kann jedenfalls zu einer (bequemen) grundsätzlichen Lösung der Grundrechtsproblematik im Bereich der Bewährungsaufgaben nicht herangezogen werden.

b) Die andere Immanenztheorie, die insbesondere in ihrer von Graf zu D o h n a entwickelten Gestalt seither im wissenschaftlichen Schrifttum und auch neuerdings wieder in der Rechtsprechung eine gewisse Bedeutung erlangt hat, geht von immanenten p e r s ö n l i c h e n Schranken der Grundrechte aus. Diese Schranken sollen bewirken, daß bestimmte Personen, die in einem sogenannten "besonderen Gewaltverhältnis" zum Staate stehen, das sich durch verschiedene (zusätzliche) Kriterien von dem "allgemeinen" Gewaltverhältnis abhebt, von vornherein von der Ausübung der Grundrechte insoweit ausgeschlossen sind, als diese dem spezifischen Zweck dieses Verhältnisses zuwiderlaufen würde. Auf dieser Grundlage entwickelte Graf zu D o h n a die von P e t e r s ¹¹⁾ so genannte "Theorie von der begrenzenden Wirkung der Strafe", die zunächst unmittelbar nur für die Auflagen bei der bedingten Entlassung galt: Man dürfe die Rechtsstellung des bedingt Entlassenen nicht an derjenigen des freien Bürgers messen, sondern müsse sie mit der Lage desjenigen in V e r g l e i c h setzen, der seine Strafe in der Strafanstalt verbüßt. Denn nicht die Minderung seiner Freiheit, sondern die Lockerung seiner Gefangenschaft sei das maßgebliche Charakteristikum der Situation ¹²⁾. Diese Formulierung wurde vielfach akzeptiert und wirkt auch noch in jüngeren Entscheidungen wie der des OLG Braunschweig ¹³⁾ nach, wo es heißt, es sei Sinn der bedingten Ent-

10) Eine Ausnahme bildet die eben erwähnte Wiedergutmachungsaufgabe, was insbesondere bei Vermögensdelikten augenfällig wird.

11) KrimSt. 198.

12) MonKrimPsych 1926, Beiheft 1, S. 84 f.

13) NJW 1957, 759. - Ähnlich in der rechtlichen Begründung OLG Bremen GA 1957, 415. Dazu sh. jedoch unten unter I A 3!

lassung, das besondere Gewaltverhältnis des Strafvollzugs zu lockern; in welchem Maße dieses Gewaltverhältnis gelockert werde, hänge von der richterlichen Entscheidung ab, und Auflagen hätten demgemäß regelmäßig nicht eine Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit des Verurteilten in irgendeiner Richtung, sondern lediglich eine Annäherung an den Zustand der Freiheitsbeschränkung bei Fortsetzung der Strafvollstreckung zur Folge. Es bleibe damit nur ein Rest der mit dieser verbundenen Beschränkungen aufrechterhalten. Diese Argumentation wurde folgerichtig auch auf die Auflagen im Rahmen der bedingten Begnadigung bzw. Strafaussetzung zur Bewährung übertragen. Der Delinquent trete, so sagt man, mit der Begehung der Straftat in ein besonderes Gewaltverhältnis zum Staate, das diesem die Mittel des Strafprozesses und die Sanktionen des Kriminalrechts eröffne. Wenn nun der Staat, so wird weiter gefolgert, dem Verurteilten schon die Möglichkeit gebe, durch Bewährung die Vollstreckung der Strafe von sich abzuwenden, so sei kein Grund einzusehen, warum die durch die Strafe gegebenen Möglichkeiten des Eingriffs in Grundrechte bei den an deren Stelle tretenden Auflagen verfassungsgesetzlich beschränkt sein sollten. Auf der anderen Seite ergebe sich aus dem Gedanken der Strafaussetzung als Rechtswohltat die Folgerung, daß sie als solche den Verurteilten nicht in einem über die Strafvollstreckung hinausgehenden Maße im Gebrauch seiner Grundrechte beschränken dürfe. Mit Auflagen könne daher grundsätzlich in alle, aber auch nur in diejenigen Grundrechte eingegriffen werden, die auch durch den Strafvollzug eine Einschränkung erfahren würden ¹⁴⁾.

Diese -- fast mathematisch anmutende -- Konstruktion ist zu Recht mehreren Angriffen ausgesetzt worden. Einmal ist mit dieser Ansicht die Bewährungszeit, die über die im Urteil festgesetzte Strafdauer hinausgeht, schlecht vereinbar ¹⁵⁾.

14) Aus der älteren Literatur vgl. insbes. die Zusammenstellung bei Demski, Diss., S. 70 f.; darüber hinaus ließen sich noch etwa anführen: Grau-Schäfer, Gnadenrecht, S. 289 f.; Schorn DRiZ 1931, 408. -- Im neueren Schrifttum wird diese Auffassung v.a. vertreten von Dreher - Maaßen KM § 24 Anm. 1; Heinitz ZStrW 70, 13; Kleinknecht § 268 a Anm. 3 a; Schäfer in Löwe-Rosenberg § 453 Anm. I 6 d und Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, a.a.O., S. 24; Schnitzlerling MDR 1957, 201 und Praktische Bewährungshilfe, S. 36; Wahl BewH 1954, 13 Anm. 11; mit gewissen Modifikationen auch von Demski, a.a.O., S. 71 ff. (dazu im folgenden).

Der gewichtigste, zunächst v.a. von P e t e r s ¹⁶⁾ vorgetragene, heute von der wohl h.M. im Schrifttum ¹⁷⁾ aufgenommene Einwand geht dahin, die Theorie der begrenzenden Wirkung der Strafe verkenne die kriminalpolitische Zielsetzung der Strafaussetzung zur Bewährung bzw. der bedingten Entlassung. Zu Recht, denn die Strafaussetzung ist eben keine reine "Rechtswohltat", die Auflagen sind keine gegenüber der Strafvollstreckung "geringeres Übel", stellen ihr gegenüber "begrifflich" kein "Minus" dar ¹⁸⁾. Bei den Auflagen handelt es sich vielmehr um ein kriminalpolitisch eigenständiges Rechtsinstitut, das vom Gesetzgeber geradezu als die "dritte Spur" des modernen Kriminalrechts ausgestaltet worden ist. Der Fehler der Theorie von der begrenzenden Wirkung der Strafe liegt -- um mit P e t e r s ¹⁶⁾ zu sprechen -- darin, daß sie zwei Dinge vergleichsweise nebeneinander stellt, die ihrem Wesen nach völlig verschieden und deshalb auch rechtlich überhaupt nicht zu vergleichen sind. Die Lage des Gefangenen und des zur Bewährung Gestellten ist jeweils eine wesentlich andere, so daß Schlüsse von der einen Situation auf die andere nicht ohne weiteres gezogen werden können. Was an über den Freiheitsentzug hinausgehenden Grundrechtsbeschränkungen bei der Strafvollstreckung faktisch notwendige, rechtlich betrachtet aber bloß zufällige Nebenwirkung ist, das sind bei der Verselbständigung als Auflage als solche beab-

15) Vgl. S t r e e , a.a.O., S. 140 f. in Nachw., aber auch H e l l m e r , StrAJug., S. 73 ff.

16) KrimSt. 198 ff.; JZ 1957, 65.

17) Vgl. v.a. Schönke- S c h r ö d e r § 24 Anm. II 1 b aa; B r u n s GA 1959, 216; NJW 1959, 1396; Maunz-D ü r i g Art. 2 I Rdnr. 78; S t r e e , a.a.O., S. 141; ferner Pentz NJW 1958, 1769, dessen Kritik in Anm. 6 a a.a.O. an H e l l m e r RdJ 1955, 384 allerdings fehlgehen dürfte; m.E. handelt es sich bei Hellmer, a.a.O., nur um eine unglückliche Formulierung; sh. auch jetzt ders., a.a.O. sowie L a n g - H i n r i c h s e n , Gutachten, S. 82, 86 f.

18) So aber zunächst besonders prägnant H e i n i t z , a.a.O., der allerdings inzwischen im Hinblick auf B r u n s , GA 1959, 193 ff. in Individualisierung, a.a.O., S. 21 seinen Standpunkt im Sinne der hier vertretenen Auffassung korrigiert hat.

sichtigte Eingriffe in Grundrechte¹⁹⁾. Die Einschränkungen, die die Strafe mit sich bringt, sind für ein von der Strafe losgelöstes spezialpräventives Reaktionsmittel vielleicht überhaupt nicht oder nicht in der Art und Intensität erforderlich, während umgekehrt der Zustand der Freiheit des Probanden ganz andersartige Eingriffsmöglichkeiten verlangen kann.

Diesen Einwendungen versuchte D e m s k i²⁰⁾ dadurch Rechnung zu tragen, daß sie zwar an der Zulässigkeit der strafvollzugsbedingten²¹⁾ Grundrechtseinschränkungen auch für die Auflagen festhält, diese Eingriffsmöglichkeiten aber darüber hinaus durch Einführung des Kriteriums des "Wertgehaltes" der Grundrechte erweitert wissen will. D e m s k i geht davon aus, daß die Strafe gewissermaßen die "massivste" Reaktion auf eine Straftat darstelle, die tatsächliche Freiheit des Probanden aber andererseits noch zusätzliche, andersartige Eingriffsmöglichkeiten erfordere, und folgert daraus, daß Auflagen deshalb stets insoweit zulässig sein müßten, als sie nicht in Grundrechte eingriffen, deren "Wertgehalt" größer sei als der Wertgehalt derjenigen Grundrechte, in die auch im Strafvollzug rechtmäßigerweise eingegriffen worden wäre²¹⁾. Allein muß diese moderne Abwandlung der alten Theorie wegen der mangelnden Bestimmbarkeit der Größe des "Wertgehaltes" der einzelnen Grundrechte in ihrem Verhältnis untereinander unpraktikabel bleiben, und vermag sie keine eigentliche

19) Darin liegt der Fehler dieser allzu begrifflichen Gedankenführung, die auf eine mathematische Subtraktion hinausläuft ("Wenn der Staat die Grundrechte a bis y einschränken darf, dann auch die Grundrechte a bis x"), und im Ergebnis eine quaternio terminorum schafft. Denn "Einschränken" (im Wege der Strafe) und "Einschränken" (im Wege der Auflage) ist eben nicht ohne weiteres dasselbe. -- Dies erinnert fast an den bei Gage - S a r s t e d t, Die Revision in Strafsachen, 3. Aufl., Essen 1954, S. 160 ebenso scherzhaft wie treffend gerügten Gedankenfehler: "Alle Vögel legen Eier. Der Hahn ist ein Vogel. Also legt der Hahn Eier".

20) a.a.O., insbes. S. 72 ff.; ferner NJW 1959, 1999 ff.

21) Freilich unter Ausschluß der rein durch die Erfordernisse der Anstaltsordnung bedingten Grundrechtseinschränkungen. Zu dieser Unterscheidung vgl. insbes. v. M ü n c h JZ 1958, 73 ff.

dogmatische Begründung für ihre Richtigkeit zu geben geschweige denn gegenüber den Gegenargumenten zu überzeugen, so gibt sie doch im übrigen auch bereits den eigenen Ausgangspunkt auf, indem sie nun doch Grundrechtseinschränkungen zuläßt, die über die durch den Strafvollzug bedingten hinausgehen.

Die Theorie von der begrenzenden Wirkung der Strafe ist aber auch allgemein-verfassungsrechtlich nicht haltbar. Bedenklich erscheint insbesondere ihr Ausgangspunkt, es entstehe, "sobald der Staat auf Grund des Strafrechts gegen den Bürger einschreite" ²²⁾, d.h., also wohl mit der (auch hypothetischen) Begehung einer Straftat ²³⁾, zwischen beiden ein "besonderes Gewaltverhältnis" ^{23a)}. Gegen diese Feststellung als solche wäre an sich noch nichts einzuwenden, wollte man nun nicht die weittragende Folgerung daran knüpfen, daß damit -- eben nach der spezifischen Zwecksetzung dieses umfassenden Gewaltverhältnisses -- die Betroffenen von der Ausübung ihrer Grundrechte ausgeschlossen sein sollten. Eine solche Konstruktion wäre etwas völlig Neuartiges. Denn bisher war der Begriff des "besonderen Gewaltverhältnisses" immer auf bestimmte typische, eng umgrenzte Rechtsverhältnisse beschränkt. So spricht man vom Beamten-, vom Wehrdienst- oder Strafvollzugsverhältnis oder vom Prozeßrechtsverhältnis ²⁴⁾. Die Konstruktion eines derart umfassenden, möglicherweise von der Begehung einer Straftat bis zur Tilgung des Registervermerks gehenden einheitlichen Gewaltverhältnisses stünde hingegen nicht nur im Widerspruch zu der klaren Gliederung unseres Strafprozesses in Erkenntnisverfahren und Vollstreckungsverfahren, sondern würde v. a. auch in seinen Folgerungen auf nichts anderes als die These hinauslaufen: Was bei Kriminalrechtssanktionen in irgendeiner Hinsicht an Grundrechtseingriffen zweckmäßig ist, das ist zugleich auch rechtmäßig. Das aber wäre -- um mit B a c h o f ²⁵⁾

22) P r a l l e in: StrAbh. 335 (1934), 11 f.m. Nachw.

23) a.a.O., S. 71

23a) Vgl. auch Daloke-Fuhrmann- S c h ä f e r , a.a.O., S.25.

24) Das Strafvollzugsverhältnis beginnt nach h.L. bezeichnenderweise erst mit der Tatsache des Eintretens in den Bannkreis der Vollzugsanstalt und endet mit dem auf den Verwaltungsakt der Entlassung folgenden tatsächlichen Austritt aus dieser; vgl. J a c o b i ZStrW 50, 389; v. M ü n c h , a.a.O., S. 73.

25) Diskussionsbeitrag, in VVdStL Heft 15 (1957), S. 205 f.

zu formulieren -- eine völlige Verkenennung des grundgesetzlichen Verteilungsprinzips zwischen Freiheit und Staatsmacht. Das gleiche gilt angesichts der schier unübersehbaren Fälle von Aufлагemöglichkeiten -- zumindest, wenn man die Generalklausel als verfassungsmäßig anerkennt -- auch von einem "Auflagenverhältnis", das etwa als mit dem Wirksamwerden des Aufлагenbeschlusses nach § 268 a StFO beginnend und als mit dem Ablauf der Bewährungszeit endend gedacht werden könnte 26) 27).

Diese Bedenken gegen die Theorie der "begrenzenden Wirkung der Strafe", die im übrigen auch auf die Problematik des "besonderen Gewaltverhältnisses" als solchen 28) hindeuten, finden wir bestätigt bei der Anwendung der -- grundsätzlich wohl richtigen -- Gedanken von Hildegard Krüger 29) auf dieses (angebliche) "Gewaltverhältnis". Nach Krüger ist die Frage der Einschränkung von Grundrechten kraft besonderen Gewaltverhältnisses nur aus der Verfassung zu beantworten, da nur sie die Grundrechte

-
- 26) Vgl. auch Bruns NJW 1959, 1396; Stree, a.a.O., insbes. S. 142 Anm. 16 in seiner zutreffenden Kritik an Grasnick, NJW 1959, 2000.
- 27) Mit der Ablehnung eines derartigen "besonderen Gewaltverhältnisses" erledigt sich wohl auch der Gesichtspunkt der Grundrechtsverwirkung durch die Straftat, die zudem gem. Art. 18 S. 2 GG weder automatisch eintritt noch vom Strafrichter festgestellt, sondern nur durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen werden kann.
- 28) Die Problematik des besonderen Gewaltverhältnisses kann keineswegs als ausgetragen betrachtet werden. Es ist wohl kein Zufall, wenn die schwierige Frage der Grundrechtsgeltung im besonderen Gewaltverhältnis auf der Mainzer Staatsrechtslehrertagung 1956 aus den Referaten ausgespart worden ist (vgl. dazu Bachof, a.a.O.; Ule, ebd., S.218 ff.). -- Einig ist man sich eigentlich nur in einem, nämlich in der Forderung, daß "diese bedenkliche Lehre in einem Rechtsstaat möglichst zurückgedämmt" werden müsse (so Maunz, Staatsrecht, S. 114; vgl. auch Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd., Allg. Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1958, S. 118 f.; ferner Herbert Krüger DVBl. 1950, 628).
- 29) ZBR 1956, 309 ff., insbes. 310 ff. -- Ihr folgend v.a. v. Münch a.a.O. und S. 14 ff. der Frankfurter Diss. "Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis" (1957).

garantiert. Das Grundgesetz spreche nun zwar weder vom "allgemeinen", noch vom "besonderen" Gewaltverhältnis als solchen, es "institutionalisiere" aber eine Reihe der letzteren, wie z.B. in dem hier näher interessierenden kriminalrechtlichen Bereich in Art. 12 IV in Verbindung mit Art. 104 die Freiheitsentziehungsanstalt (sei es in Gestalt von Zuchthaus, Gefängnis, Fürsorgeanstalt oder Heilanstalt für Geistes- und Seuchenkranke) oder in Art. 103 I das Prozeßrechtsverhältnis. Nachdem nicht angenommen werden könne, daß durch die Wirksamkeit einzelner Verfassungsbestimmungen (sc. der Grundrechte) die praktische Verwirklichung anderer illusorisch gemacht werden sollte, so seien jene so "institutionalisierten" Gewaltverhältnisse neben den Grundrechtsgewährungen - gleichsam als unvermeidliches Übel -- zulässig. --- Der Zentralbegriff dieser Lehre erweist sich allerdings (zumindest) in seiner sogleich erfolgenden Anwendung auf die Bewährungsauflagen als ihr wunder Punkt. Denn was heißt "Institutionalisierung"? "Institutionalisierung" bedeutet eine Stufe in dem Konkretisierungsprozeß, der, bei den Rechtsgrundsätzen beginnend, bei deren Positivierung in Rechtssätzen endet. Die Frage lautet nun: Wie weit muß die Konkretisierung eines Rechtsgrundsatzes im Grundgesetz verwirklicht sein, damit von einer "Institutionalisierung" (sc. eines besonderen Gewaltverhältnisses) gesprochen werden kann? Muß diese "Institutionalisierung" -- wie es nach den Darlegungen von Hildegard K r ü g e r ³⁰⁾ scheinen mag -- etwa im W o r t l a u t der Verfassung irgendwie zum Ausdruck kommen? Das hieße in Anbetracht der Existenz der ungeschriebenen "allgemeinen" und "besonderen Rechtsgrundsätze" und "verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen" ³¹⁾ die Zulässigkeit von Grundrechtseinschränkungen von dem Zufall der philologischen Ausdruckswahl der Schöpfer des

30) a.a.O.

31) Nach der terminologisch wie sachlich gleichermaßen präzisen Studie von H.J. W o l f f , Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 33 ff.; vgl. auch Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., München und Berlin 1959, S. 92 ff. -- In der Sache ähnlich z.B. W e r n i c k e BK. Art. 20 Erl. II 3 e a.E.

Grundgesetzes abhängig machen! Aber wo soll hier die Grenze liegen? Es ist ohne weiteres möglich, ja rechtslogisch geboten, die "Institutionalisierung" der Freiheitsentziehungsanstalt in Art. 104 GG als eine (teilweise) spezielle Konkretisierungsform der in Art. 103 GG institutionalisierten Strafe anzusehen. Diese wiederum muß ³²⁾ als spezielle Ausprägung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes verstanden werden des Inhalts, der Staat dürfe den Rechtsbrecher ganz allgemein mit Sanktionen belegen. Aus diesem im Rückschlußverfahren gewonnenen Rechtsgrundsatz könnte nun auf der anderen Seite wiederum der Untersatz abgeleitet werden, der Staat sei zur Verhängung von Auflagen oder Weisungen über den straffällig Gewordenen befugt. Wollte man allerdings dieses so herausgearbeitete "Auflagen-Verhältnis" als im Grundgesetz (hinreichend) "institutionalisiert" bezeichnen mit der Folge, daß nun alle seinem spezifischen (Resozialisierungs-)zweck entsprechenden Grundrechtseinschränkungen zulässig sein sollten, dann wäre nach dieser Methode aber auch so ziemlich jedes beliebige "besondere Gewaltverhältnis" im Grundgesetz "institutionalisiert". Dies liefere, so lange eine eindeutige inhaltliche Ausfüllung des formalen Kriteriums der "Institutionalisierung" nicht gefunden werden kann, letzten Endes auf die Gleichsetzung: Zweckmäßigkeit gleich Rechtmäßigkeit hinaus, über deren mangelnde grundsätzliche Berechtigung ja kein Wort zu verlieren ist.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, daß die verschiedenen Immanenztheorien, insbesondere die Lehre von der "begrenzenden Wirkung der Strafe", zur Bestimmung der grundrechtlichen Zulässigkeitsgrenzen der Auflagen grundsätzlich keine Hilfe zu bieten vermögen. Was an Auflagen und Weisungen im Bereich der Strafaussetzung zur Bewährung ³³⁾ rechtlich zulässig ist oder nicht, dafür

-
- 32) Dies ist notwendig, sollen neben den Freiheits-, Geld- und Nebenstrafen auch die Maßregeln der Sicherung und Besserung als in diesem Sinne in der Verfassung "institutionalisiert" gelten.
- 33) Dagegen wird der Grundgedanke dieser Theorie bei den Sicherungsauflagen im Rahmen des § 42 h StGB und bei den Weisungen im Rahmen der Sicherungsaufsicht des E 1958 als "gelockerter" bzw. "ambulanter" Sicherungsverwahrung etc. (vgl. dazu oben im 1. Kap. unter III A 1 b!) eine gewisse theoretische Bedeutung erlangen können, soweit es sich nicht um ausgesprochene "Erziehungsanordnungen" handelt, für die das Maius-minus-Argument nicht gilt. Das letztere wird jedoch die Ausnahme sein.

kann allein die kriminalpolitische Bedeutung dieser Maßnahmen und ihre daraus folgende Stellung in der Rechtsordnung als eines eigenständigen Reaktionsmittels in Betracht kommen; des Dazwischenschiebens eines anderen Maßstabes bedarf es nicht. Losgelöst von der Strafe ist daher zu untersuchen, welchen grundrechtlichen Schranken die Auflagen und Weisungen unterliegen.

2.) Nachdem das Grundgesetz einen etwa dem Art. 98 S. 2 der Bayerischen Verfassung vom 2. 12. 1946 entsprechenden "allgemeinen Gesetzesvorbehalt" nicht kennt, müssen Grundrechte ohne ("speziellen") Gesetzesvorbehalt als auch im Auflagenwege von vornherein unbeschränkbar angesehen werden. Unzulässig sind daher Auflagen, die in die Grundrechte der Art. 1, 2 I, 3, 4, 5 I, 6, 8, 9, 12, 17 GG eingreifen würden³⁴⁾. Hingegen sind Auflagen, die in ein unter dem Vorbehalt gesetzlicher Einschränkung stehendes Grundrecht eingreifen, grundsätzlich zulässig. Dies gilt zunächst sicherlich für die in § 24 I S. 2 Nr. 1 - 6 StGB ausdrücklich genannten Maßnahmen. Dagegen ist die Zulässigkeit "unbenannter" d.h. nur auf der gesetzlichen Generalklausel basierender Auflagen, soweit sie in Grundrechte eingreifen, im Anschluß an die neuesten Untersuchungen von Stree³⁵⁾, Schröder³⁶⁾, Dürig³⁷⁾ und Bruns³⁸⁾ zu verneinen. Das Grundgesetz hat vor allem deshalb auf einen "allgemeinen" Gesetzesvorbehalt nach dem Muster der Bayerischen Verfassung verzichtet, weil es einer "Aushöhlung" der Grundrechte durch die Gesetzgebung vorbeugen wollte. Dieser Grundgedanke kann aber nicht nur im Verhältnis der Verfassungsgesetzgebung zu der einfachen gelten, sondern muß auch im Verhältnis von dieser zur rechtsprechenden Gewalt durchgeführt werden. Es ist allein der demokratisch legitimierte und kontrollierte Gesetzgeber, in dessen Hände nach dem Willen der Verfassung

34) Vgl. dazu im Einzelnen die Untersuchungen unten unter Ziff. 3, ferner unten im 2. Hauptteil dieser Arbeit.

35) Deliktsfolgen und Grundgesetz, a.a.O., S. 142 ff.

36) Schönke-Schröder § 24 Anm. II 1 b aa.

37) Maunz-Dürig Art. 2 I Rdnr. 78, unter bb.

38) NJW 1959, 1395 f.; ferner GA 1959, 215.

die Entscheidung über das Ob und Wie der Einschränkung von Grundrechten gelegt ist; er kann diese Kompetenz nicht auf den Richter delegieren. Es ist vielmehr zu fordern, daß der Gesetzgeber hinreichend deutlich zu erkennen gibt, von welchem Gesetzesvorbehalt er Gebrauch machen will, und in welcher Weise. Dies ist aber mit einer Generalklausel nicht getan; § 24 I S. 2 StGB kann daher insoweit nicht als "gesetzliche" Grundlage für Grundrechtsbeschränkungen angesehen werden³⁹⁾. Damit ist die Generalklausel, soweit sie Grundrechte betrifft -- auch unabhängig von der Stellungnahme zu Art. 103 II GG⁴⁰⁾ -- als zu einer abschließenden Enumeration verkürzt anzusehen.

3.) Nach diesen grundsätzlichen Bemerkungen kann nun in eine kritische Einzeluntersuchung der wichtigsten Auflagemöglichkeiten unter Grundrechtsgesichtspunkten eingetreten werden⁴¹⁾.

a) Sicher ist, daß die in Art. 1 I GG verankerte Menschenwürde durch keine staatliche Sanktion angetastet werden darf, wie

39) Der mögliche Einwand, daß der Verurteilte, indem er die Auflage erfülle, ja auf die Ausübung der betr. Grundrechte verzichte, geht in zweifacher Hinsicht fehl: Sollte im Falle der Nichterfüllung einer solchen Auflage -- also in einem Falle, in dem die ursprüngliche Grundrechtswidrigkeit zweifelsfrei durch keinen "Verzicht" geheilt würde -- die Strafaussetzung nicht widerrufen werden können? Dann wäre das Auflagenrecht eine wenig scharfe Waffe bei der Bekämpfung der Kriminalität. Im übrigen verbietet die Eigenschaft der Auflage als echter kriminalrechtlicher Sanktion (vgl. oben im 1. Kap. unter III A 2) die Annahme eines "Paktierens" des Staates mit dem Verurteilten (so treffend B r u n s GA 1959, 219). -- Dazu, daß der Verurteilte nicht etwa schon im Anordnungsverfahren auf mögliche Grundrechtsausübungen verzichte, vgl. etwa S c h e n c k NJW 1959, 1814, der sogar das rechtliche Gehör als verletzt ansieht, (freilich zu Unrecht, denn der Verurteilte braucht von Rechts wegen zu der Auflage als Sanktion ebensowenig gehört zu werden wie zu der Straffrage!).

40) Insoweit übereinstimmend mit S t r e e , a.a.O., S. 143 Anm. 20. Im übrigen vgl. dazu oben im 1. Kap.!

41) Zuvor ist noch mit S t r e e (a.a.O., S. 149 ff.) festzustellen, daß das GG keinen Schutz vor Auferlegung solcher Auflagen gewährt, die, an sich zulässig, als unvermeidbare Begleiterscheinung uneinschränkbare Grundrechte berühren. So kann sich selbstverständlich ein Verurteilter, dem ein best. Aufenthaltsort angewiesen worden ist, nicht darauf berufen, ihm sei dadurch das Recht, Versammlungen in anderen Orten zu besuchen (Art. 8 GG), beschnitten worden o.ä.

immer jene auch geartet sein mag. Unter "Menschenwürde" kann in Anlehnung an das bereits Dargelegte ⁴²⁾ etwa verstanden werden "die Fähigkeit, sich in freier Entscheidung über die unpersönliche Umwelt zu erheben" ⁴³⁾. Dem Menschen ist m.a.W. eine biologische und geistigseelische Intimsphäre zugebilligt, an der "das Staatlich-Rationelle, mag es noch so gut gemeint sein, seine Grenze findet" ⁴⁴⁾. Wann eine staatliche Maßnahme einen Eingriff in diesen Bereich darstellt, ist am besten vom konkreten Verletzungsvorgang her zu beurteilen ⁴⁵⁾. Stets unzulässig erscheint etwa unter diesem Gesichtspunkt die -- von drei Jahrzehnten offenbar tatsächlich mehrfach vorgekommene ⁴⁶⁾ -- heute als (negatives) "Paradebeispiel" in den Kommentaren immer wieder genannte Auflage, überhaupt oder gar eine bestimmte Person (etwa das entführte oder entstellte Mädchen) zu heiraten. Dasselbe kann von der Auflage gelten, die Braut (Prostituierte) zu verlassen, die der Verurteilte ernstlich zu heiraten entschlossen war ⁴⁷⁾. Die Auflage, ein ehebrecherisches Verhältnis aufzulösen ⁴⁸⁾, verstößt in jedem Falle gegen Art. 1 I GG, wenn es sich dabei um ein von echter

42) Vgl. oben im 1. Kap. unter III A 1 a.

43) So D ü r i g AöR n.F. 42, 131.

44) D ü r i g , a.a.O., 129.

45) Vgl. Maunz- D ü r i g Art. 1 I Rdnr. 28.

46) Berichtet z.B. von A s c h e r DJZ 1929, 570; JR 1929, 241; ferner von P e t e r s , KrimSt. 188 Anm. 2.

47) Von der Erteilung einer solchen Auflage durch ein Berliner Gericht berichtet H e i n i t z ZStrW 70, 14. In der Beurteilung einer solchen Auflage wie hier S t r e e , a.a.O., S. 155 f., ferner H e l l m e r , StrAJug., S. 73 ff., der allerdings a.a.O., S. 77, die Auflage einem Jugendlichen (!) gegenüber für zulässig hält. --- Ich halte eine derartige generelle Aussage nicht für richtig; man wird auch beim Jugendlichen zumindest auf den Einzelfall abstellen müssen. Vgl. hierzu insbes. unten unter II A 2 a!

48) Diese Auflage könnte (kriminalpolitisch) insbesondere für unterhaltssäumige Familienväter in Betracht kommen; vgl. jüngst OLG Nürnberg FamRZ 1959, 165 = NJW 1959, 1451 mit abl. Anm. B r u n s , a.a.O., 1393 ff. sowie den Bericht von S c h u l t z in BewH 1957, 28 f. aus der Schweizer Rechtsprechung.

seelischer Bindung getragenes Liebesverhältnis handelt. Ein Verstoß gegen Art. 1 I ist darüber hinaus m.E. sogar schon dann anzunehmen, wenn der Verurteilte bloß körperlich-triebhaft der Geliebten verfallen ist. Denn im Zeichen des Art. 1 I GG darf es nur darauf ankommen, ob der Verurteilte die durch diese Verfassungsbestimmung geschützte Fähigkeit zu autonomer Selbstentscheidung besitzt ⁴⁹⁾, nicht aber darauf, ob er von ihr auch sinnvoll Gebrauch zu machen versteht ⁵⁰⁾. --- Auf der anderen Seite wird jedoch vielfach betont, man dürfe den durch Art. 1 I GG gegebenen Grundrechtsschutz nicht über Gebühr beanspruchen. Dies ist ein durchaus gerechtfertigtes Anliegen angesichts der Funktion dieses höchsten Verfassungssatzes, zu verhindern, daß der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird ⁵¹⁾. So vertritt D ü r i g ⁵²⁾ entgegen S c h r ö d e r ⁵³⁾ die Auffassung, eine Auflage, in der dem Verurteilten aufgegeben wird, den § 1 StVO hundertmal abzuschreiben, verstoße nicht gegen die Menschenwürde. Gleichwohl dürfte es nicht ganz unzweifelhaft sein, ob selbst diese etwas banale Streitfrage einfach mit einem Ja oder Nein allgemein entschieden werden kann. Sollte es im Hinblick auf Art. 1 I GG keinen Unterschied ausmachen, ob es ein achtzehnjähriger Hilfsarbeiter ist, der mit seinem Moped auf der Straße einen alten Rentner angefahren und verletzt hat, oder ob ein sechzigjähriger Universitätsprofessor, dem eine leichte Übertretung nach § 1 StVO zur Last liegt, mit dieser Weisung bedacht wird? Das Beispiel erscheint im Gegenteil gerade wegen seiner Einfachheit geeignet, die Anwendbarkeit des Art. 1 I GG im Bereich der strafrechtlichen Bewährungsauflagen zu exemplifizieren. Es bietet zwei Ansatzpunkte: die Persönlichkeit des Täters und die Art und Schwere der Verfehlung. Es

49) Vgl. B r u n s 'ZStrW 71, 212.

50) In diesem Sinne auch D ü r i g AöR n.F. 42, 125 f.

51) D ü r i g , a.a.O., 127; Maunz-Dürig, a.a.O.

52) Maunz-Dürig Art. 1 I Rdnr. 30 Fußnote 1.

53) Schönke-Schröder § 24 Anm. II 1 b aa; ebenso wohl S t r e e , a.a.O., S. 152.

kommt, um mit dem ersten zu beginnen, zunächst darauf an, ob -- falls nicht bereits eine objektive Betrachtung eine (negative) Auskunft auf diese Frage gibt ⁵⁴⁾ -- der Verurteilte die staatliche Maßnahme auch wirklich als einen Eingriff in seine ureigenste Privatsphäre empfindet oder aber nur als einen zwar etwas unangenehmen, ihn im übrigen aber wenig berührenden Auftrag zu einem bestimmten äußeren Verhalten. Nur diese Betrachtungsweise berücksichtigt in genügendem Maße die individuelle Ausprägung der konkreten Einzelpersönlichkeit als der naturgegebenen Grundlage der freien Willensentscheidung, in der sich der Mensch über die unpersönliche Umwelt erhebt. Danach beantwortet sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Weisung, Heiratsinserate nicht zu beantworten ⁵⁵⁾ oder den Umgang mit bestimmten Personen aufzugeben ⁵⁶⁾, jeweils nur von Fall zu Fall; nach der Persönlichkeitsstruktur der Tätergruppe, für die jene Weisungen in Frage kommen, ist ein Verstoß gegen Art. 1 I GG allerdings nur in Ausnahmefällen anzunehmen ⁵⁷⁾. Ähnliches gilt von der Weisung nach § 102 Nr. 3 E 1958 ⁵⁸⁾, die Wohnung nicht ohne zwingenden Grund zur Nachtzeit zu verlassen, die als "ambulante Sicherungsverwahrung" ⁵⁹⁾ für die betreffende Tätergruppe ein gegenüber der Anstaltsvollstreckung in jedem Falle

54) Eine Herabwürdigung des Menschen zu einer dem Tier vergleichbaren, vertretbaren Größe darf in keinem Falle erfolgen. Vgl. etwa die Diskussion um die Zulässigkeit der Anwendung von "Plauderdrogen", "Lügendetektor" etc. im Strafprozeß, die auch nicht durch die Einwilligung des (etwa um die Feststellung seiner Unschuld kämpfenden) Angeklagten gerechtfertigt werden kann.

55) S t o l z e n b u r g , a.a.O., S. 93

56) Vgl. §§ 78 I S. 2 Nr. 3, § 102 Nr. 4 E 1958 (§ 100 der überarb. Fassung)

57) Im Ergebnis ebenso S t r e e , a.a.O., S. 155 f.: Der bloße Verkehr mit best. Personen sei noch keine derart höchstpersönliche Angelegenheit, daß hierüber der Verurteilte in jedem Falle (!) frei zu befinden habe und ihm insoweit keine Auflage gemacht werden dürfe.

58) = § 100 der überarb. Fassung der BMJ (1959)

59) Vgl. dazu oben im 1. Kap. unter III A 2 b a.E.

zulässiges Minus an Freiheitsbeschränkung enthält. --- Der nächste Gesichtspunkt, der hier zur Beachtung steht, ist das Moment der Tat nach ihrer objektiven Tat- und subjektiven Schuldschwere, m.a.W. der Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zwischen abgeurteilter Tat und beabsichtigter Maßnahme. So erscheint, um auf den Ausgangsfall zurückzukommen, die Auflage an den jungen Hilfsarbeiter, den § 1 StVO hundertmal abzuschreiben, bedenklich, wenn ihm eine ganz leichte Verkehrsübertretung zur Last fällt, während sie etwa im Falle einer Verkehrsgefährdung nach den §§ 315 a, 316 StGB, aus der leicht ein folgenschwerer Unfall hätte entstehen können, als im Einzelfall vielleicht wirksamer "Denkzettel" u.U. durchaus berechtigt erscheinen kann. Die wesentliche Bedeutung dieses Moments aber liegt m.E. jedoch darin, daß mit den Auflagen nur einer "tatadäquaten" Tätergefährlichkeit⁶⁰⁾ begegnet werden darf. So würde etwa eine Auflage, durch die der (allein) wegen Diebstahls schuldig gesprochene Verurteilte, der zufällig⁶¹⁾ gleichzeitig homosexuell ist, auch auf diesem Sektor resozialisiert werden sollte. Denn er würde dadurch mit einem sittlichen Makel belastet, den er nach dem Schuldausspruch des Strafurteils nicht hinzunehmen braucht⁶²⁾. --- Das letzte Moment, das es hier zu beachten gilt, ist schließlich das der konkreten Ausgestaltung der Auflage. So kommt es z.B. bei der in §.77 I S. 2 Nr. 2 E 1958 vorgesehenen Entschuldigungsauflage wesentlich darauf an, ob zwischen dem Täter und dem durch die -- womöglich fahrlässige -- Straftat Verletzten nicht etwa ein von dem ersteren nicht verschuldetes Feindschaftsverhältnis besteht, ob es sich bei dem Verletzten vielleicht um einen früheren Ehegatten oder Bräutigam handelt u.s.w.⁶³⁾. Auf die konkrete Ausformung der Maßnahme ist insbesondere auch bei der lange Zeit umstritten gewesenen Frage

60) Nach einer Formulierung von H e l l m e r , Erziehung und Strafe, S. 159

61) Anders etwa bei Fetischistendiebstählen.

62) Diesen Gesichtspunkt hebt insbesondere S c h e n c k NJW 1959, 1814 a.E. hervor, der sogar aus diesem Grunde den Verstoß gegen die Verfassung für eine Nichtöffentlichkeit des Beschlußverfahrens nach § 268 a I StPO eintritt.

63) Es erscheint dagegen weit über das Ziel hinausgeschossen, wenn B a u m a n n (GA 1958, 203) die Entschuldigungsauflage schlechthin als unzulässigen Gewissenszwang mit der Würde des Menschen unvereinbar ansieht.

der Zulässigkeit einer psychotherapeutischen Schockbehandlung als Auflage⁶⁴⁾ nach § 24 I S. 2 Nr. 3 StGB abzustellen. Sie kann bejaht werden, "wenn dabei der konkrete Mensch als psychische Einheit und Ganzheit, als in sich gegliederte, soziale und transzendente (zu Gott strebende) Einheit betrachtet wird"⁶⁵⁾. --- Zusammenfassend kann nun also folgendes festgestellt werden: Ob eine Bewährungsauflage mit der Menschenwürde eines Verurteilten und mit Art. 1 I GG vereinbar erscheint, hängt von dem Vorliegen von insgesamt vier Voraussetzungen ab. Die Auflage darf zunächst nicht schon objektiv, d.h. in jedem denkbaren Einzelfall, gegen die menschliche Würde verstoßen, wie dies bei allen sittenwidrigen Auflagen der Fall wäre. Sodann darf die Auflage bei verständiger Betrachtungsweise dem konkreten Täter keine Scham zumuten, mit der er innerlich nicht fertig zu werden vermag. Die Auflage muß den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Sie darf schließlich in den Modalitäten ihrer Erfüllung keinen Eingriff in die ureigenste Intimsphäre des Verurteilten mit sich bringen. Diese vier Gesichtspunkte sind stets in dieser Reihenfolge zu prüfen mit dem Ergebnis, daß bereits dann, wenn die Auflage auch nur unter einem einzigen Gesichtspunkt als unvertretbar erscheint, von ihrer Erteilung abgesehen werden muß.

b) Eine ähnliche Problematik wie Art. 1 I offenbart das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG), das wohl mit Fug die dogmatische crux der Grundrechtsordnung genannt werden kann. Lassen sich doch kaum Auflagen denken, die bei wörtlicher Auslegung nicht in dieses -- unbeschränkbar, d.h. ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistete -- Grundrecht eingreifen würden. Schwierigkeiten bereitet der Rechtsprechung und der Wissenschaft vor allem die Auslegung des "allgemeinen Verfassungsvorbehalts"⁶⁶⁾ der "verfassungsmäßigen Ordnung", nach

64) Von der Erteilung der Auflage, sich einer psychotherapeutischen Behandlung zu unterziehen, berichtet aus der Praxis des Kammergerichts H e i n i t z , Individualisierung, a.a.O., S. 21.

65) Papst Pius XII, abgedruckt in JWohl 1953, 400; vgl. auch D e m s k i , Diss., S. 80.

66) Nach der Terminologie von M a u n z , Staatsrecht, S.92.

der sich naturgemäß auch der Umfang des Grundrechtsschutzes bemißt. Darunter kann bekanntlich dreierlei verstanden werden: die in der Verfassung selbst vorgesehenen Schranken, die verfassungsmäßige Grundordnung in ihren wesentlichen Rechtssätzen und schließlich jeder seinerseits formell und materiell der Verfassung gemäß Rechtssatz. Auf die Problematik dieser Auslegungen kann natürlich, wie bereits einleitend bemerkt, im Rahmen dieser Arbeit unmöglich eingegangen werden ⁶⁷⁾. - Für die Rechtsprechung dürfte dieser Streit wenigstens vorläufig ausgetragen sein. Eine ausdrückliche Stellungnahme des Bundesgerichtshofs liegt zwar, soweit ersichtlich, zu dieser Frage nicht vor, das Bundesverfassungsgericht ⁶⁸⁾ und im Anschluß daran auch das Bundesverwaltungsgericht ⁶⁹⁾ haben sich aber in ihrer jüngeren Rechtsprechung ständig zu der zuletzt genannten Auslegungsmöglichkeit bekannt: Verfassungsmäßige Ordnung im Sinne des Art. 2 I GG ist die verfassungsmäßige Rechtsordnung, d.h. die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind. Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit wird durch das Grundgesetz nur in diesem Rahmen gewährleistet. Diese Auslegung, die im Ergebnis praktisch darauf hinausläuft, Art. 2 I GG werde stets dann nicht betroffen, wenn eine staatliche Maßnahme in kein anderes Grundrecht eingreife, wird gewiß kein Gefühl restlosen Wohlbehagens auslösen; trotzdem wird man sich mit dieser (doch offenbar recht praktikablen) ⁷⁰⁾ Rechtsprechung zumindest vorläufig abfinden müssen. Auf dieser Grundlage werden

67) Die zuerst genannte Auffassung stand wegen ihrer Unpraktikabilität wohl niemals ernsthaft zur Diskussion. Der Streit um die Richtigkeit der zweiten oder der dritten Auslegungsmöglichkeit ist dagegen im wissenschaftlichen Schrifttum nach wie vor keineswegs als auch nur annähernd ausgetragen anzusehen. Zur ersten Einführung in den Streitstand vgl. etwa Maunz, a.a.O., S. 95 ff.; Maunz-Dürig, Art. 2 I, Rdnr. 17 ff.; ferner Wintrich, Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2 I GG, in: Staat und Bürger, Festschrift für Willibald Apelt zum 80. Geburtstag, München und Berlin 1958, S. 1 ff.; sowie neuerdings Stree, a.a.O., S. 152 ff. m. Nachw.

68) BVerfGE 6, 32 = JZ 1957, 167 (mit abl. Anm. Dürig).

69) NJW 1958, 1249 Nr. 24 = VRS 1958, 229.

70) Zust. auch Stree, a.a.O., S. 154.

Bedenken gegen die Auflage einer Teilnahme am Verkehrsunterricht ⁷¹⁾, gegen die Tabak- und Alkoholverbote, Umgangsverbote ⁷²⁾, Kraftfahrzeughalte- und Führverbote ⁷³⁾, das Verbot politischer Betätigung oder endlich das Wirtshaus- oder Bordellverbot jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Art. 2 I GG ohne weiteres gegenstandslos ⁷⁴⁾.

c) Ebenso wie das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, so wird auch das -- wörtlich ausgelegte -- Grundrecht auf Freiheit der Person, unter dem nach allgemein herrschender Auffassung das Recht auf körperliche Bewegungsfreiheit zu verstehen ist ⁷⁵⁾, - wenn man einmal von den Geldauflagen absieht -, durch fast jede Auflage irgendwie tangiert. Art. 2 II S. 2 GG ist jedoch nach seinem Sinn und Zweck einschränkend auszulegen. Diese Verfassungsbestimmung schützt den Bürger nur gegen willkürliche Festnahmen und Verhaftungen ⁷⁶⁾. Daher kann bei Auflagen, die den zeitweisen Aufenthalt des Verurteilten an einem bestimmten Ort als notwendige Nebenfolge mit sich bringen (z.B. Arbeitsauflage, Auflage der Teilnahme an einem Verkehrskursus), von einem Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit der Person nach Art. 2 II S. 2 GG nicht gesprochen werden.

d) Welchen rechtlichen Grenzen die Auflagen im Hinblick auf das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 II S. 1 GG) unterliegen, hat neuestens v. a. S t r e e ⁷⁷⁾ dargelegt. Auf seine eingehenden und in jeder Hinsicht zutreffenden Ausführungen kann hier verwiesen werden. Danach verstoßen Auflagen, deren Ziel -- nicht nur notwendige Nebenwirkung -- ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ist, gegen Art. 2 II S. 1 GG, weil § 24 Nr. 3 StGB den in Art. 2 II S. 3 GG niedergelegten

Vgl. etwa H e i n e n in: Neue Wege, a.a.O., S. 161

71) Vgl. dagegen BVerwG a.a.O. (zu § 6 StVG).

72) Vgl. H e i n e n , a.a.O.; H e i n i t z , ZStrW 70, 14; B a u m a n n GA 1958, 202 f.

73) Sh. dazu ausführlich unten im 6. Kap., 5. Abschn., insbes. unter I 1.

74) Ebenso S t r e e , a.a.O., S. 154 f.

75) Vgl. v. Mangoldt- K l e i n S. 188 f.; Maunz -- D ü r i g Art. 2 II, Rdnr. 49; S t r e e , a.a.O., S. 156 mit weiteren Nachweisen.

Gesetzesvorbehalt nicht ausfüllt. Dies ist insbesondere bei gefährlichen operativen Eingriffen der Fall; ungefährliche Eingriffe erscheinen dagegen dem eigentlichen Zweck, der ärztlichen Behandlung, untergeordnet und stellen sich daher nur als notwendige Nebenwirkung zur Erreichung dieses Zweckes dar.

e) Daß die in Art. 4 GG gewährleisteten Freiheitsrechte auch durch Auflagen nicht angetastet werden dürfen, ergibt sich bereits aus dem oben zu Art. 1 I Dargelegten. Denn Eingriffe in diese Rechte sind als Eingriffe in die seelische Intimsphäre des Menschen stets auch Verstöße gegen Art. 1 I GG, der freilich als subsidiäre Vorschrift nur dann zum Zuge kommt, wenn sich solche Eingriffe nicht durch die Spezialnormen anderer Grundrechte abwehren lassen⁷⁸⁾. Lediglich der Vollständigkeit halber ist daher zu bemerken, daß Auflagen, die einen Konfessionswechsel, regelmäßigen Kirchenbesuch oder den Beitritt zu einer Vereinigung zum Gegenstand haben, die neben einem bestimmten Zweck eine bestimmte weltanschauliche Gesinnung pflegen⁷⁹⁾, auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 4 GG verfassungswidrig sind⁸⁰⁾.

f) Das in Art. 5 I S. 1 GG verankerte Grundrecht der freien Meinungsäußerung ist nach Abs. II dieser Bestimmung nur in den "Schranken der allgemeinen Gesetze" gewährleistet. Darunter sind nach allgemeiner Auffassung⁸¹⁾ solche Gesetze zu verstehen, die dem Schutz eines schlechthin, d.h. ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsgutes dienen. Dahin gehört v.a. das Strafrecht mit seinen Verbotsnormen, die den Schutz der Staatsgewalt, der öffentlichen Ordnung, der persön-

76) BVerwG NJW 1958, 1249 Nr. 24 = VRS 1958, 229; anders und weiter wohl Stree, a.a.O., S. 156 f., der jedoch über den Gesetzesvorbehalt in Art. 2 II S. 3 GG in Verb. mit § 24 Nr. 2, 3 StGB im Grunde zu gleichen Ergebnissen kommt.

77) a.a.O., S. 157 f.

78) Maunz - Dürig, Art. 1 I, Rdnr. 37; in der Begründung insoweit unrichtig OLG Nürnberg NJW 1959, 1452.

79) Vgl. Dalcke - Fuhrmann - Schäfer, Strafrecht und Strafverfahren, 36. Aufl., Berlin 1955, § 24 Anm. 1.

80) Ebenso Stree, a.a.O., S. 159 f., der im übrigen auch hinsichtlich Spendenauflagen zugunsten religiöser oder weltanschaulicher Vereinigungen zutreffend unterscheidet, je nach-

lichen Ehre u.s.w. zum Gegenstand haben. Grundrechtsmäßig sind daher Auflagen, die den Verurteilten anweisen, ehrenkränkende Angriffe gegen das Opfer seiner strafbaren Handlung oder dessen Angehörige zu unterlassen oder in der Öffentlichkeit keine Versuche zu unternehmen, begangene Gewaltverbrechen (z.B. Judenverfolgung) zu rechtfertigen⁸²⁾. Zweifelhaft erscheint allerdings, ob sich die Auffassung von P e t e r s⁸³⁾, die "allgemeinen Gesetze" könnten diese "Schranken" nicht nur dadurch setzen, daß sie durch Schaffung von Tatbeständen, ("Verbotsmaterien") bestimmte Formen der Meinungsäußerung verbieten, sondern auch dadurch, daß sie die (verwaltende oder rechtsprechende) Staatsgewalt dazu ermächtigen, unter bestimmten Umständen die Freiheit der Meinungsäußerung zu beschränken -- das letztere wäre bei der Generalklausel des § 24 I S. 2 StGB der Fall -- ohne weiteres aufrechterhalten läßt⁸⁴⁾. Denn bei Art. 5 II GG handelt es sich um einen "allgemeinen Verfassungsvorbehalt zur Interpretation immanenter Grundrechtsschranken", nicht um einen konstitutiv Grundrechtseinschränkungen ermöglichenden "speziellen Gesetzesvorbehalt"⁸⁵⁾. Es kommt daher für die Zulässigkeit einer das Grundrecht der freien Meinungsäußerung in irgendeiner Weise berührenden Auflage darauf an, ob sie sich innerhalb der durch die "allgemeinen Gesetze", in erster Linie also der Strafgesetze, gezogenen immanenten Schranken dieses Grundrechts hält. Dies ist bei der Auflage als S a n k t i o n -- hier werden die oben angestellten Erwägungen zu den immanenten sachlichen Grundrechtsschranken⁸⁶⁾ fruchtbar -- immer, aber auch nur dann der Fall, wenn die Maßnahme den Täter an der drohenden Verletzung einer strafrechtlichen

dem, ob der Verurteilte zu religiösen oder zu karitativen Zwecken spenden soll. Im ersteren Falle ist die Auflage unzulässig, im letzteren zulässig.

81) Vgl. etwa M a u n z , Staatsrecht, S. 101.

82) Vgl. S t r e e , a.a.O., S. 139, der in diesen Fällen von "unselbständigen Auflagen" spricht; ähnlich schon P e t e r s , KrimSt., S.188 ff ("Führungsanordnungen").

83) KrimSt., S.203

84) Wie hier S t r e e , a.a.O., S. 160 f.

85) Vgl. dazu v.a. M a u n z , a.a.O., S. 95 ff., 101; ferner W e r n i c k e BK Art. 19, Erl. II 1 a.

86) Vgl. oben unter 1 a!

Verbotshnorm hindern, ihn also gewissermaßen "an dem grundrechtlichen Ausgangspunkt seiner störenden Handlungsweise festhalten" will. Dies ist etwa bei der Auflage eines Besinnungsaufsatzes zweifelsfrei nicht der Fall; diese Maßnahme muß daher im Erwachsenenstrafrecht ⁸⁷⁾ als gegen Art. 5 I S. 1 GG verstoßend ausscheiden ⁸⁸⁾. Dagegen wird die Auflage an den wegen Beleidigung verurteilten Parteiredner, während der Bewährungszeit keine politischen Reden zu halten, -- freilich mit anderer Begründung als der des OLG Braunschweig ⁸⁹⁾ -- unter diesem Gesichtspunkt grundsätzlich als zulässig anzusehen sein ⁹⁰⁾. Daß sie freilich nicht als Mittel zur Ausschaltung politischer Gegner mißbraucht werden darf, ist schon nach dem Sinn und Zweck der Bewährungsaufgaben selbstverständlich und brauchte eigentlich nicht eigens hervorgehoben zu werden, wenn sich nicht die vielfach gegen diese Auflage vorgetragenen Bedenken auf dieses Argument gründeten ⁹¹⁾.

Das ebenfalls in Art. 5 I niedergelegte Grundrecht der Informationsfreiheit ist nach h.M. nur positiv gewährt. Auflagen, welche dem Verurteilten die Teilnahme an einem Verkehrsunterricht vorschreiben, berühren daher Art. 5 I GG nicht ⁹²⁾.

87) Zur Rechtslage im Jugendkriminalrecht vgl. unten unter II A, insbes. a.a.O. 2 d.

88) Vgl. auch B a u m a n n , a.a.O.

89) NJW 1957, 759; vgl. auch oben unter 1 b. In der Begründung wie OLG Braunschweig a.a.O. auch D r e h e r - M a a ß e n § 24 Anm. 1; K l e i n k n e c h t KM § 268 a Anm. 3 a; ferner H e i n i t z ZStrW 70, 14. Hiergegen zutreffend Schönke-Schröder § 24 Anm. II 1 b aa und B r u n s GA 1959, 216, sowie S t r e e , a.a.O., S. 160.

90) Wenn Schröder , a.a.O.; Bruns , a.a.O.; Maurach I S. 642 ("Zweifelhaft ...!"); ferner Leopold in Niederschriften III, 239 die eben besprochene Auflage offenbar für verfassungsrechtlich unzulässig halten, so liegt dies wohl daran, daß nach Ablehnung der Theorie von der "begrenzenden Wirkung der Strafe" zunächst eine dogmatische Grundlage zu deren Rechtfertigung fehlte, wie sie erst durch die neuesten Forschungen von D ü r i g gegeben worden ist; sh. aber auch neuerdings S t r e e , a.a.O., S. 160 f.

91) Vgl. hierzu die gerade an diese Auflage anknüpfende (ostzonale) Polemik bei Renneberg und Weber NJ 1959, 174. -- Diese demokratisch-rechtsstaatlichen Befürchtungen mögen aber auch die Auffassung der in der vorhergehenden Anmerkung Genannten beeinflussen haben.

92) Eingehend S t r e e , a.a.O., S. 162 f.

g) Auflagen, die mit dem in Art. 6 I GG garantierten staatlichen Schutz der Ehe und Familie im Widerspruch stehen würden, sind in jedem Falle unzulässig. Dies folgt einmal aus dem Fehlen eines Gesetzesvorbehalts, sodann aber v.a. auch aus der Erwägung, daß derartige Maßnahmen schon als mit Art. 1 I GG unvereinbar erscheinen würden, als dessen spezielle Konkretisierungsform auf einem Teilgebiet sich Art. 6 I darstellt⁹³⁾. Hingegen würde die -- im übrigen nach Art. 1 I in aller Regel unzulässige⁹⁴⁾ -- Auflage, die eigene Braut zu verlassen, nicht gegen Art. 6 I GG verstoßen, da diese Bestimmung nur die bestehende, nicht aber eine künftige Familiengemeinschaft schützt.⁹⁵⁾ Hinsichtlich des Art. 6 I GG besteht im Gegenteil Veranlassung darauf hinzuweisen, daß diese Verfassungsnorm zwar über den Schutz der Ehe und Familie in Bestand und Inhalt hinaus die Forderung nach einem besonderen ehe- und familienfördernden staatlichen Schutz zum Ausdruck bringt, daß es sich aber, soweit diese letztere, positive Wirkung in Frage steht, lediglich um ein Programm für den Gesetzgeber handelt⁹⁶⁾. Keinesfalls sollte damit ein Auftrag oder auch nur eine Ermächtigung an die staatlichen Organe ausgesprochen werden, mit staatlichen Zwangsmitteln auf die Herstellung konkreter Ehe- und Familiengemeinschaften hinzuwirken, sobald das positive Recht -- wie es bei der Generalklausel nach § 24 I S. 2 StGB der Fall ist -- in irgendeiner Weise einen Ansatzpunkt für deren Handhabe zu geben

93) Die in BGHSt. 8, 182/185 vorgeschlagene Auflage (vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen, die auf Trennung der verheirateten Tochter von der Mutter hinauslaufen, nicht zu durchkreuzen), stellt wohl infolge ihrer konkreten Ausgestaltung noch keinen Grundrechtseingriff dar.

94) Vgl. oben unter a!

95) Offen gelassen bei S t r e e , a.a.O., S. 165, der die Unzulässigkeit einer solchen Weisung aus Art. 2 GG herleitet. Zu Recht weist im übrigen S t r e e in diesem Zusammenhang auf Art. 12 der Europ. MRK v. 7.8.1952 hin.

96) Vgl. v. Mangoldt- K l e i n , S. 266 m. Nachw.; ferner H a m a n n , Kommentar zum Grundgesetz, Berlin-Neuwied-Darmstadt 1956, S. 110 f.

scheint 97). Die stets als Eingriff in die ureigenste Intimsphäre des Verurteilten gegen Art. 1 I GG verstoßenden Auflagen, ein ehebrecherisches Verhältnis aufzugeben oder zu Frau und Kindern zurückzukehren, werden daher auch nicht etwa aus dem Gesichtspunkt des Art. 6 I GG gerechtfertigt 98).

h) Die positiv und negativ gewährleisteten Grundrechte der Versammlungs-, Vereins- und Koalitionsfreiheit (Art. 8 I, 9 I, III GG) sind mangels Gesetzesvorbehalts auch im Auflagenwege nicht einschränkbar 99). Im übrigen muß aber auch hier darauf hingewiesen werden, diese Grundrechte ihrem Umfang nach nicht allzusehr zu strapazieren. So fallen etwa Tanz- oder Kinoverbote nicht unter Art. 8 I GG 100), und auch die Bedenken von B a u m a n n 101) gegen die in § 78 I S. 2 Nr. 3 E 1958 vorgesehene Weisung, einen bestimmten Umgang zu meiden, dürften unberechtigt sein, weil sich diese Bestimmung als solche nicht gegen Vereine richtet, denen der Proband angehört, sondern gegen gewisse Arten von Stammtischen, gegen Verbrecherzirkel o.ä., denen der Grundrechtsschutz von vornherein versagt ist.

i) Auflagen des Inhalts, einem Bewährungshelfer Einblick in den Briefwechsel zu gewähren, sind als Verstoß gegen Art. 10 S. 1 GG unzulässig, nachdem die Generalklausel des § 24 I S. 2 StGB, auf Grund deren allein de lege lata eine solche Auflage möglich wäre, als hinreichende gesetzliche Grundlage im Sinne des Art. 10

97) So insbes. auch B r u n s NJW 1959, 1396. -- Diese Auffassung steht auch im Einklang mit dem Grundgedanken des § 888 II ZPO, wonach ein Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens nicht vollstreckbar ist. Nach Aufhebung des § 1567 BGB a.F. (dazu P l a n c k , BGB, 4. Aufl. 1928, a.a.O. Anm. 3) schlägt neuerdings W i e c z o r e k , ZPO, Berlin 1957, S. 648 mit Recht sogar vor, "die historische Reminiszenz zu begraben" und bereits die Zulässigkeit einer Eheherstellungsklage zu verneinen. -- Wie hier S t r e e , a.a.O., S. 165, der darüber hinaus Art. 6 I GG allgemein im Sinne eines Schutzes gegen jegliche Einmischung des Staates in typische Eheangelegenheiten zu interpretieren scheint.

98) Derartige Auflagen wären außerdem als "unbenannte" Auflagen de lege lata stets unzulässig; vgl. auch richtig B r u n s , a.a.O., 1394 Anm. 8 a.

99) Ausführlich S t r e e , a.a.O., S. 165 ff., 168 ff.

100) Vgl. R i e d e l , Diss., S. 119 f., unter Hinweis auf W e r n i c k e BK Art. 8 Erl. II 1 b.

101) a.a.O.

S. 2 GG nicht angesehen werden kann ¹⁰²⁾. Im übrigen würden solche Auflagen auch in aller Regel gegen Art. 1 I GG verstoßen und schon aus diesem Grunde rechtlich nicht in Betracht kommen.

k) Das Grundrecht der Freizügigkeit (Art. 11 I GG) wird nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ¹⁰³⁾ durch Beschränkungen der Ausreisefreiheit, wie sie etwa Bewährungsaufgaben des Inhalts, in der Bundesrepublik Wohnsitz oder dauernden Aufenthalt zu nehmen ¹⁰⁴⁾ oder die Ostzone nicht ohne Genehmigung des Gerichts zu besuchen ¹⁰⁵⁾, mit sich bringen, nicht angetastet. Dagegen wendet D ü r i g ¹⁰⁶⁾ grundsätzlich zu Recht ein, man könne der Ausreisefreiheit den Schutz des Art. 11 I GG versagen, müsse sie dann aber wenigstens nach Art. 2 I GG gewährleisten; jedenfalls gehe es nicht an, sie ganz aus dem Grundrechtsschutz zu verbannen. Für unsere Betrachtung kann diese Streitfrage jedoch dahingestellt bleiben, denn die in Betracht kommenden Auflagen wird man in aller Regel als durch Art. 11 II GG in Verb. mit § 24 I S. 2 Nr. 2 StGB gedeckt ansehen können. Die Bedenken K l e i n s ¹⁰⁷⁾, Art. 11 II GG müsse wegen seiner weiten Fassung besonders eng ausgelegt werden, treffen jedenfalls für die hier in Rede stehenden Fälle kaum zu, denn wenn derartige Auflagen schon nach allgemein strafrechtlichen Grundsätzen nur gegen solche Täter verhängt werden dürfen, die dieser Auflagen aus spezialpräventiven Gründen auch bedürfen, dann ist damit das Merkmal "zur Vorbeugung strafbarer Handlungen" stets erfüllt ¹⁰⁸⁾. Aus diesen Gründen erscheint auch die Auflage an den wegen mehrerer gemeinschaftlich begangener Diebstähle Verurteilten, seinen Arbeitsplatz zu verlassen und zunächst ins Elternhaus zurückzukehren, unter dem Gesichtspunkt des Art. 11 GG grundsätzlich nicht als

102) Vgl. insbes. Schönke- S c h r ö d e r a.a.O.; S t r e e , a.a.O., S. 151, 171; ferner B r u n s GA 1959, 215. -- Vgl. dazu allgemein oben unter 2!

103) BVerfGE 6, 32.

104) KM § 268 a Anm. 3 a.

105) LG Karlsruhe vom 1.10.1958, KMs 2/58 bei B r u n s GA 1959, 203 Anm. 54.

106) Anm. zu BVerfG a.a.O., S. 169 f.

107) v. Mangoldt- K l e i n , S.351 f..

108) Wie hier S t r e e , a.a.O., S. 172.

unzulässig, und zwar auch ohne das verfehlte Argument der "begrenzenden Wirkung der Strafe" ¹⁰⁹⁾. Daß Eingriffe in das Grundrecht der Freizügigkeit im Übrigen nicht nur -- wie es nach dem Wortlaut des Art. 11 II GG scheinen könnte -- "durch Gesetz" sondern auch auf Grund eines Gesetzes erfolgen können, ist unbestritten ¹¹⁰⁾.

1) Die §§ 24 I S. 2 Nr. 2 StGB sowie 78 I S. 2 Nr. 1, 102 Nr. 5 ⁵⁸⁾ E 1958 sehen u.a. Auflagen vor, die sich auf Ausbildung, Arbeit oder Beruf beziehen. Verschiedentlich wird darin ein Verstoß gegen Art. 12 I GG erblickt ¹¹¹⁾. Demgegenüber ist zunächst einmal zu berücksichtigen, daß sozialethisch unwertige Tätigkeiten, wie etwa der "Beruf" des Verbrechers, des Zuhälters, der Dirne, u.U. auch des Nachrichtenagenten für eine fremde Macht den Schutz des Grundrechts überhaupt nicht genießen ¹¹²⁾, was für die unten im 6. Kap., 2. Abschn. näher behandelten Berufsverbot-Auflagen bedeutsam ist. Sodann richtet sich Art. 12 I GG in Abkehr von den in einem totalitären Regime gemachten Erfahrungen in seiner Stoßrichtung in erster Linie gegen eine staatliche Arbeitslenkung. Niemand soll durch eine bestimmte Anordnung von der Wahl eines bestimmten Berufes abgehalten oder zu einer bestimmten Arbeit

109) Damit argumentierte OLG Bremen GA 1957, 415. Hiergegen und zutreffend in der Begründung Schönke- Schröder, a.a.O.; Stree, a.a.O. -- Auch Maurach, a.a.O. billigt die Entscheidung des OLG Bremen wohl nur im Ergebnis, nicht auch in der Begründung. -- Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit dieser Auflage ist allerdings nach Art. 11 II GG, daß sie auch wirklich zu dem Zwecke erteilt wird, (weiterhin) "strafbaren Handlungen vorzubeugen", so etwa, um den labilen Verurteilten von seinen noch in Freiheit befindlichen Diebsgenossen und deren Einflußbereich zu entfernen. Nicht dagegen würde es ausreichen, wenn die Auflage den Täter lediglich vor seelischer Vereinsamung bewahren wollte.

110) Die h.M. nimmt ein Reaktionsversehen an (vgl. Stree, a.a.O., S. 171 m. Nachw.). Sachlich noch einleuchtender Lerche DVBl. 1958, 524 ff.: Daß ein Eingriff "durch Gesetz" erfolgt, bedeutet nicht mehr, als daß bei diesem Eingriff die sachliche (nicht nur delegationsrechtlich begrenzende) Entscheidung im formellen Gesetz ruht (a.a.O., 527). "Durch Gesetz" ist demnach eine Regelung dann getroffen, wenn das formelle Gesetz die sachliche Entscheidung trifft, gleichgültig, ob damit schon unmittelbar das Grundrecht für den Einzelnen eingeschränkt ist oder nicht. Das ist hier erfüllt. -- Ebenso Stree, a.a.O., S. 172 Anm. 124.

111) Vgl. Baumann a.a.O.

gezwungen werden dürfen; jeder soll seinen Beruf "frei" wählen können. Sinn des Art. 12 I GG ist es, eine a l l g e m e i n e öffentliche Lenkung oder Beeinflussung der Wahl der Ausbildungsstätte oder des Arbeitsplatzes zu verhindern ¹¹³⁾. Auflagen, durch die der individuelle Verurteilte zum Zwecke seiner Wiedereingliederung angehalten werden soll, erst einmal irgendeine Arbeit anzunehmen, verstoßen daher nicht gegen Art. 12 I GG. - Die besondere Problematik des B e r u f s v e r b o t e s soll unten im 6. Kap., 2. Abschn. im Zusammenhang erörtert werden.

m) Auflagen, durch die der Verurteilte zu einer bestimmten Arbeit angehalten wird, verstoßen gegen Art. 12 II S. 1 GG ¹¹⁴⁾. Als "Arbeit" im Sinne dieser Bestimmung kommen freilich nach richtiger Auffassung nur Tätigkeiten in Betracht, die ihrem Wesen nach normalerweise dazu geeignet und bestimmt sind, Erwerbszwecken zu dienen, also nicht z.B. das Abfassen eines Entschuldigungsbriefes oder die persönliche Pflege eines Grabes ¹¹⁵⁾.

n) Das Grundrecht des Art. 13 I GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) darf in keinem Falle beeinträchtigt werden. Dies gilt auch von der Auflage, sich der Aufsicht und Leitung eines Bewährungshelfers zu unterstellen (§§ 24 I S. 2 Nr. 6 StGB, 79, 101 III S. 1 ¹¹⁶⁾ E 1958). Fälle, in denen etwa die Notwendigkeit der Verhütung dringender (!) Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder der Schutz gefährdeter Jugendlicher den Hausbesuch des Bewährungshelfers gegen den Willen des Probanden erfordern und rechtfertigen würden, sind schon in Anbetracht der in solchen Fällen ungünstigen Aussetzungsprognose kaum je denkbar. Es kann deshalb als allgemeine Regel gelten, daß der Bewährungshelfer am Betreten der Wohnung ohne Einverständnis des

112) Vgl. P e t e r s JZ 1957, 65; ferner B r u n s GA 1959, 221; S t r e e , a.a.O., S.183.

113) Vgl. R i e d e l , Diss., S. 112 m. Nachw.

114) Eingehend S t r e e , a.a.O., S. 184 ff.

115) Vgl. S t r e e , a.a.O., S. 185.

116) = § 98 der überarb. Fassung des BMJ (1959).

Verurteilten durch Art. 13 I GG gehindert ist ¹¹⁷⁾..Dem entspricht auch die Praxis der Bewährungshelfer, die zumeist in eigenen Büros arbeiten.

o) Das Eigentumsrecht ist in Art. 14 I S. 1 GG gewährleistet. Inhalt und Schranken werden nach Satz 2 dieser Vorschrift durch die Gesetze bestimmt. Zu den (immanenten sachlichen) Schranken des Eigentumsrechts sind von jeher die Geldstrafe, die Geldbuße und auch Geldauflagen in jeder Form gerechnet worden ¹¹⁸⁾. Die letzteren finden ihre gesetzliche Grundlage de lege lata in § 24 I S. 2 Nr. 1, 5 StGB, de lege ferenda entsprechend in § 77 I S. 2 Nr. 1, 4 E 1958. Dazu ist in § 77 I Nr. 5 E 1958 die Auflage getreten, über die Rechtspflicht zur Wiedergutmachung hinausgehende, besondere Leistungen zu erbringen ¹¹⁹⁾. Bei allen diesen Aufragemöglichkeiten ist allerdings zu beachten, daß die immanenten Schranken des -- im ü b r i g e n durch Auflagen uneinschränkbar -- Eigentumsrecht jeweils nur so weit gehen wie der Sinn und Zweck der entsprechenden gesetzlichen Vorschriften; so wäre m.a.W. z.B. eine Spendenauflage nach § 24 I S. 2 Nr. 5 StGB, die in ihrer Höhe über das Maß des Spezial-präventiv Notwendigen hinausginge ¹²⁰⁾, wegen Verstoßes gegen Art. 14 I S. 1 GG verfassungswidrig ¹²¹⁾. -- Weitere Fragen im Zusammenhang mit Art. 14 GG sind unten im 6. Kap., 5. Abschnitt erörtert.

117) Hingegen will S t r e e , a.a.O., S. 150 f. die Verpflichtung des Verurteilten, seinem Bewährungshelfer das Betreten seiner Wohnung zu gestatten, damit dieser die Lebensführung seines Schützlings überwachen könne, als notwendige Nebenwirkung der Auflage nach § 24 Nr. 6 StGB für zulässig erklären. (vgl. zu diesem Gesichtspunkt allg. S t r e e , a.a.O. S. 149 ff.). Ich halte diese Pflicht nicht für eine notwendige (!) Nebenwirkung der genannten Auflage.

118) Vgl. die Nachweise bei R ö h l AöR n.F. 42, 212 Anm. 103.

119) Vgl. zu dieser Auflage näher unten im 6. Kap., 1. Abschn.

120) Vgl. dazu ausführlich unten im 6. Kap., 3. Abschn. unter I!

121) Grundsätzlich anders und zweifelhaft S t r e e , a.a.O. S. 188: Eine Auflage nach § 24 Nr. 5 StGB stehe Art. 14 GG schon deshalb niemals entgegen, weil das Vermögen als solches -- anders als einzelne Vermögensrechte -- durch Art. 14 nicht geschützt sei.

B) Schwierigkeiten bei der Aufklärung der Problematik der "dritten Spur" in ihrem Verhältnis zur Grundrechtsordnung bereitet auch die Problematik des Art. 19 I S. 2 GG, für deren Lösung, wie sich zeigen wird, die angestellten materiellrechtlichen Untersuchungen z.T. präjudiziell sind, die aber z.T. auch eigene Wege gehen wird. Nachdem weder die §§ 24, 42 h StGB noch die entsprechenden Paragraphen des E 1958 eine ausdrückliche Nennung des einzuschränkenden Grundrechts unter Angabe des Artikels enthalten, wie dies Art. 19 I S. 2 GG fordert, liegt auf den ersten Blick die Vermutung nahe, mit den Bewährungsauflagen könne aus diesem Grunde in Grundrechte überhaupt nicht eingegriffen werden. Ein derart revolutionäres, die kriminalpolitische Bedeutung der "dritten Spur" schlechthin in Frage stellendes Ergebnis bedarf freilich einer Überprüfung. Im folgenden sollen zunächst die Versuche dargestellt werden, die im Schrifttum angestellt worden sind, um an der Klippe dieser von den einen begrüßten ¹²²⁾, von den anderen als "formalistische Hypertrophie des Rechtsstaates" getadelten ¹²³⁾, im ganzen jedenfalls recht unbequemen Bestimmung vorbeizukommen.

1.) K l e i n ¹²⁴⁾ geht so weit, die Vermutung aufzustellen, die Bestimmung des Art. 19 I S. 2 GG müsse als bloße Sollvorschrift aufgefaßt werden, solle sie nicht wegen Unpraktikabilität als unanwendbar erscheinen. Denn wollte man diese Vorschrift als zwingende ansehen mit der Folge der Nichtigkeit der sie außerachtlassenden Gesetze, so müßte ein materiell rechtsgültiges Gesetz, bei dem sich der Gesetzgeber nur im Augenblick nicht des Eingriffs bewußt geworden ist und daher die Anführung von Grundrecht und Artikel unterlassen hat, in dem umständlichen und langwierigen Verfahren der Gesetzgebung erneut beschlossen werden - nur, um Artikelnummer und Grundrecht nachzutragen. Trotz dieser

122) Vgl. W e r n i c k e BK Art. 19 Erl. II 1 e; N a w i a s k y, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart und Köln 1950, S. 23.

123) D ü r i g AöR n.F. 40, 61 Anm. 13.

124) v. Mangoldt- K l e i n , S. 548 ff.

eindringlichen Begründung ¹²⁵⁾ wurde die These K l e i n s , - die er übrigens, wie er selbst bemerkt, nur zur Diskussion stellt -, in Rechtsprechung und Wissenschaft allgemein abgelehnt. Insbesondere W e r n i c k e ¹²⁶⁾ hat unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des Art. 19 I S. 2 GG klar und unmißverständlich ausgesprochen, daß "der Schutz des Individuums wichtiger und höherwertig" sei als die Gültigkeit eines Gesetzes; die für die Gesetzgebung entstehenden Schwierigkeiten müßten daher in Kauf genommen werden. -- Aus dieser Grundhaltung einerseits, der von K l e i n richtig erkannten Unpraktikabilität des Art. 19 I S. 2 heraus andererseits erklären sich die Bemühungen in Rechtsprechung und Schrifttum, das Anwendungsgebiet dieser Vorschrift so weit wie möglich einzuschränken.

2.) Die einzige bisher vorliegende spezielle Untersuchung dieser Problematik, die Arbeit von R ö h l in AÖR n.F. 42, 195 ff., die allerdings auf die Vorschriften über die Bewährungsaufgaben nicht eingeht, verneint die Anwendung des Art. 19 I S. 2 GG auf Strafgesetze überhaupt. Dies soll, soweit das Freiheitsrecht des Art. 2 II S. 2 GG in Rede steht, seine Rechtfertigung finden in der folgenden Formulierung des Bundesverfassungsgerichts ¹²⁷⁾: "Das Recht auf Freiheit der Person ist kraft Gesetzes (Art. 2 II und 104 I GG) durch die auf einem Gesetz beruhende, in gesetzmäßigem Verfahren ergangene richterliche Entscheidung begrenzt." Diese -- übrigens nicht im Hinblick auf Art. 19 I S. 2 GG ausgesprochene -- Auffassung verneine das Vorliegen einer Grundrechtsbeschränkung, sofern ein gültiges Gesetz und Richterspruch vorlägen.

125) Das Anliegen K l e i n s wird -- als getreues formelles Spiegelbild der materiellen Rechtslage -- umso verständlicher im Hinblick auf die hier speziell interessierende Auflagen-Generalklausel des § 24 I S. 2 StGB, vorausgesetzt natürlich, daß man diese -- im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung -- nicht schon wegen Verstoßes gegen Art. 103 II GG für ungültig hält. Denn hier kann der Gesetzgeber schlechthin gar nicht voraussehen, welche Grundrechtseingriffe er mit seiner Generallermächtigung an den Richter eigentlich ermöglicht. Freilich offenbart dieser Gedanke im Grunde weniger die Problematik des Art. 19 I S. 2 GG, als er die der strafrechtlichen Generalklausel auch von dieser Seite her beleuchtet.

126) a.a.O.

127) BVerfGE 1, 418/ 420.

Ähnlich argumentiert R ö h l für die Geldstrafe und Geldbuße, die auch keine Einschränkung des Eigentums mit sich brächten¹²⁸⁾. Diese Lehre sei der Lehre von den immanenten oder inhärenten Schranken "verwandt" ¹²⁹⁾. Eine Artikelnennung sei aber auch, soweit andere Grundrechte "vom Strafrecht betroffen" würden, nicht notwendig. Denn das Anwendungsgebiet des Art. 19 I S. 2 GG sei auf diejenigen Grundrechte beschränkt, die ausdrücklich von einer "Beschränkung", "Einschränkung" oder einem "Eingriff" sprechen, wie dies Art. 19 I S. 2 GG ja auch tue. Dies wären die Art. 2 II, 8, 10, 11 II, 13 III, 17 a GG. Art. 19 I S. 2 GG finde hingegen keine Anwendung auf die Grundrechte der Art. 4 III, 6 III, 12 I S. 2, 13 II, 14 III, 15, 16 I GG, weil hier nicht von "Einschränkung", "Beschränkung" oder "Eingriff" die Rede sei. Wenn diese Abgrenzung formal erscheine, so sei sie doch als Auslegung der formellen Vorschrift des Art. 19 I S. 2 GG gerechtfertigt.

Diese These R ö h l s würde -- selbst wenn sie richtig wäre -- z.B. schon Eingriffe in das Grundrecht der Freizügigkeit, wie sie im Rahmen der Auflagenbestimmungen als materiell zweifel-frei zulässig erwiesen sind ¹³⁰⁾, überhaupt nicht erfassen. Von den kriminalpolitischen Bedenken abgesehen, die gegen ein solches Ergebnis bestehen, erheben sich aber auch erhebliche Zweifel an der dogmatischen Richtigkeit dieser These. Wenn R ö h l den Art. 19 I S. 2 GG als eine "formale" Vorschrift anspricht, so hat er damit sicherlich Recht in dem Sinne, daß diese Bestimmung ein formelles Erfordernis für grundrechtsbeschränkende Gesetze statuiert. Allein die Folgerung, die R ö h l daraus zieht, müßte doch m.E. methodisch näher begründet werden oder doch zumindest in der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift eine Stütze finden. Beides ist nicht der Fall. Es kann m.E. nicht ohne nähere Begründung einfach angenommen werden, daß der Gesetzgeber mit der bloßen philologischen Wahl des Ausdrucks zugleich (wenigstens für diesen Bereich) die umstrittene Frage, inwieweit ein Grundrecht gewährt

128) Vgl. oben unter A 3 m!

129) a.a.O., 211.

130) Vgl. oben unter A 3 k!

sei und wo demgemäß die Einschränkung des Grundrechts beginne, klären, die Frage der immanenten Schranken also nach Art einer Legaldefinition autoritativ entscheiden wollte. Darauf aber läuft die Argumentierung R ö h l s im Ergebnis hinaus. Mit Recht wendet daher D ü r i g ¹³¹⁾ ein, daß die subtile Arbeit R ö h l s von dem Augenblick an unbefriedigend bleiben mußte, als dieser die Frage der allen Grundrechten materiellrechtlich innewohnenden ("immanenten") Schranken ausgeklammert hatte ¹³²⁾.

Die Lehre von den "immanenten Schranken" der Grundrechte kann auch bei der Lösung der formellen Problematik des Art. 19 I S. 2 GG nicht unberücksichtigt bleiben. Denn insoweit eine Auflage lediglich in den durch diese immanenten Schranken von der "Substanz" der Grundrechte abgetrennten Bereich eingreift, kann von einer "Grundrechtseinschränkung" nicht mehr gesprochen werden ¹³³⁾. Dieser Fall ist jedoch nach dem Dargelegten eine ganz seltene Ausnahme ¹³⁴⁾. Es liegt daher die Vermutung nahe, daß -- von jenen Ausnahmen abgesehen -- alle übrigen Auflagen, soweit sie in Grundrechte eingreifen, schon wegen Verstoßes gegen Art. 19 I S. 2 GG als gesetzwidrig im Sinne des § 305 a I S. 2 StPO angesehen werden müssen.

131) Maunz-Dürig Art. 2 I Rdnr. 78 unter bb. Vgl. auch die zutreffende Kritik bei v.Mangoldt-K l e i n, S. 549 f.

132) In Wirklichkeit handelt es sich bei Röhl, a.a.O., wohl nicht um eine "Ausklammerung" dieser Fragen, sondern um eine nicht begründete und im Ergebnis unzutreffende Verallgemeinerung der für die Freiheits- und Geldstrafe grundsätzlich (wenn auch in etwas abgewandelter Form) zutreffenden Immanenztheorie.

133) Zur theoretischen Grundlegung vgl. näher oben unter A 1!

134) So z.B. bei der Auflage der Wiedergutmachung des Schadens (oben 1 a), dem Verbot, sich als Redner oder Schriftsteller politisch zu betätigen (oben A 3 f), insbesondere aber bei den Auflagen bei der bedingten Maßregel**aussetzung** nach § 42 h StGB und der Sicherungsaufsicht des § 1958 (oben A 1 b). Hinzu käme allenfalls die Entschuldigungsaufgabe als "Reparatur", "Quasi-Rückgängigmachung" des Grundrechtsfehlgebrauchs.

3.) Dieser Weg ist auch tatsächlich beschritten worden, und zwar bemerkenswerterweise von der Rechtsprechung, nämlich in einer Entscheidung des LG Limburg ¹³⁵⁾, die schon deshalb als bedeutsam angesprochen werden muß, weil hier in dem in Rede stehenden Bereich aus der Nichtbeachtung des Art. 19 I S. 2 GG auch Konsequenzen gezogen worden sind. Das LG Limburg verneinte die Zulässigkeit eines Berufsverbots, weil dadurch das Grundrecht des Art. 12 GG eingeschränkt werde. Dies könne zwar auf Grund eines speziellen Gesetzesvorbehalts nach Art. 12 I S. 2 geschehen; ein solches (diesen ausfüllendes Gesetz) sei aber in § 24 StGB nicht zu erblicken ¹³⁶⁾. Dies folge -- für die hier interessierende Frage bedeutsam -- "schon daraus, daß die nach Art. 19 I S. 2 GG notwendigen formellen Voraussetzungen nicht erfüllt" seien. Da die Vorschrift des § 24 StGB dieser Voraussetzung nicht entspreche, könne sie "keine Grundlage für ein Berufsverbot darstellen". -- Die unschwer vorzunehmende Verallgemeinerung dieser Entscheidung würde darauf hinauslaufen, daß - soweit nicht eine der erwähnten Ausnahmefälle der "immanenten Schranken" vorliegt - der Verhängung grundrechtsbetreffender Auflagen überhaupt bereits Art. 19 I S. 2 GG entgegenstünde.

4 a) Einen Ausweg aus dieser zugegebenermaßen kriminalpolitischen höchst unerfreulichen Situation sucht B r u n s ¹³⁷⁾, indem er auf die allgemein anerkannte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurückgreift. Bereits in BVerfGE 2, 121 hatte das Bundesverfassungsgericht den Anwendungsbereich des Art. 19 I S. 2 GG auf die nachkonstitutionelle, d.h. nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes vorliegende Gesetzgebung beschränkt. In BVerfGE 5, 13 ¹³⁸⁾ hat es diesen Grundsatz dahin erweitert, daß diese Bestimmung auch auf solche n a c h Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassenen Gesetze keine Anwendung finde, die lediglich bereits geltende Grundrechtsbeschränkungen unverändert

135) NJW 1957, 1246. (Nicht "LG Lüneburg", wie bei D r e h e r - Maaßen § 24 Anm. 1 a.E. versehentlich zitiert!)

136) Zu diesem speziellen Fragenkreis sh. ausführlich unten im 6. Kap., 2. Abschn. unter II a.E.

137) GA 1959, 212 ff.; NJW 1959, 1395.

138) BVerfGE 5, 13 = NJW 1956, 986 (zu § 372 a ZPO n.F.).

oder mit geringen Abweichungen wiederholten. Das Bundesverfassungsgericht gab dazu die bemerkenswerte Begründung, Art. 19 I S. 2 solle lediglich verhindern, daß neue, dem bisherigen Recht fremde Möglichkeiten des Eingriffs in Grundrechte geschaffen würden, ohne daß sich der Gesetzgeber darüber Rechenschaft lege und dies auch ausdrücklich zu erkennen gebe. Mit besonderer Blickrichtung auf die Bewährungsauflagen, die ja -- wie bereits angedeutet ¹³⁹⁾ -- in wechselndem rechtlichem Gewande bereits seit 1909 im deutschen Recht eingeführt sind, fordert daher auf dieser Grundlage D ü r i g ¹⁴⁰⁾ zu Recht die Erstellung eines "Bestandskatalogs" der schon vor dem 3. StÄG möglichen und zulässigen Auflagen, auf Grund dessen die Frage der Anwendbarkeit des Art. 19 I S. 2 GG erst beantwortet werden könne.

Diese Bestandsaufnahme sieht B r u n s ¹⁴¹⁾ durch die Arbeiten insbesondere von S t o l z e n b u r g und E i c h l e r zu dem durch das sog. "Gewohnheitsverbrechergesetz" vom 24.11.1933 (RGBl. I S. 995) in das StGB eingefügten § 42 h ¹⁴²⁾ als bereits erfolgt an. Der aus § 42 h StGB entwickelte Pflichtenkatalog decke sich weithin mit den Auflagen im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung, ja, er habe für diese sogar als Vorbild gedient. Die Eingriffsmöglichkeiten in Grundrechte als solche seien daher durch die Einführung der Strafaussetzung zur Bewährung nicht grundsätzlich erweitert worden, möge man von ihnen neuerdings auch häufiger und in größerem Umfange Gebrauch machen. Sollten allerdings "ganz neue und eigenartige" Auflagen noch erfunden werden, die in den früher üblichen "besonderen Pflichten" gar kein Vorbild hätten, so müßten sie gegebenenfalls als völliges novum im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entgegengesetzt beurteilt werden. -- Dieses bestechende Ergebnis von B r u n s bedarf wohl einer näheren Erörterung. Scheint doch die Möglichkeit nach

139) Vgl. oben im 1. Kap. unter I; ferner Amtl. Begr. S. 74.

140) Maunz-Dürig, Art. 2 I, Rdnr. 78 unter bb.

141) a.a.O.

142) Vgl. dazu im einzelnen unten im 6. Kap., 6. Abschn. unter I 2 mit weiteren Nachw.

Art und Intensität bisher schlechthin unbekannter Auflagen auch in größerem Umfang schon aus der teilweise unterschiedlichen Zielsetzung der beiden den Auflagen zugrundeliegenden Aussetzungsformen notwendig folgen zu müssen. Verfolgen die "besonderen Pflichten" nach § 42 h StGB als "Lockerung der Unterbringung", als "ambulante Sicherungsverwahrung" oder wie man sie immer nennen will, neben dem Wiedereingliederungs- und Besserungsgedanken doch in erster Linie den Zweck der (weiteren) Sicherung der Allgemeinheit, so tragen die Auflagen im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung, als kriminalpolitisch eigenständige "dritte Spur" gedacht, unter Außerachtlassung des Sicherungsgedankens vornehmlich Resozialisierungs-, daneben u.U. aber auch Sühnecharakter. Der Sühnegedanke aber scheidet bei der von der Unterbringung betroffenen Tätergruppe von vornherein aus. Trotzdem werden die Maßnahmen mit vorzugsweise tatsühnender Zielsetzung im Ergebnis an Art. 19 I S. 2 GG nicht scheitern, da sie -- sei es in Gestalt der Wiedergutmachungs-, der Entschuldigungs- oder der Spendenauflage -- sich sämtlich innerhalb des durch die "immanenten Grundrechtsschranken" von diesen abgegrenzten "grundrechtsfreien" Raumes halten, die eigentlichen Grundrechte mithin gar nicht tangieren. Im übrigen ist zu bedenken, daß das Erfordernis des (quasi-) "vorkonstitutionellen" Gesetzes nach dem Sinn und Zweck des Art. 19 I S. 2 GG, will man auch zu vernünftigen Ergebnissen kommen, nicht zu eng ausgelegt werden darf. Danach genügt bereits jede irgendwie geartete, sei es noch so geringe inhaltliche Ähnlichkeit, um die Hinweispflicht des Art. 19 I S. 2 zu verneinen. Es muß sich um die dem bisherigen Recht geradezu "fremde" Eingriffsmöglichkeiten handeln, soll aus der Nichtbeachtung des Art. 19 I S. 2 die Nichtigkeit der betreffenden Gesetzesvorschrift folgen. Dies ist jedoch nach einem Vergleich der bisher bekannt gewordenen Bewährungsauflagen mit den bisher auf Grund des § 42 h StGB entwickelten "besonderen Pflichten" bei keiner Auflage der Fall ¹⁴³⁾. Im Ergebnis wird man daher -- unbeschadet natürlich der Notwendigkeit der Prüfung von Fall zu Fall -- B r u n s darin zustimmen können, daß auf dem Wege über § 42 h StGB und mit Hilfe der

143) Vgl. die ausführliche Bestandsaufnahme unten im 6.Kap., insbes. im 6. Abschnitt.

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 19 I S. 2 GG die Zulässigkeit grundrechtsbeschränkender Auflagen in formeller Hinsicht zumindest in der weitaus überwiegenden Mehrzahl aller Fälle bejaht werden kann ¹⁴⁴⁾).

b) Auf dieser Grundlage der durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gegebenen Einschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 19 I S. 2 GG wäre auch noch der folgende Gedankengang zu erwägen: Die in der Deutschen Gnadenordnung vom 6.2.1935 (DJ 1935, 203) reichseinheitlich geregelten Strafaussetzung im Gnadenwege war von jeher in ganz ähnlicher Weise wie die Strafaussetzung zur Bewährung des geltenden Rechts mit Auflagen verbunden. Die auf Grund der §§ 3, 3 b der Preußischen Allgemeinen Verfügung über die bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung vom 19.10.1920 (JMBL. S. 565) entwickelten Auflagenkataloge decken sich weithin mit denen nach § 24 I S. 2 StGB, und gehen teilweise sogar darüber hinaus ¹⁴⁵⁾. -- Sicherlich bestehen zwischen den beiden, u.U. konkurrierenden Formen der Strafaussetzung (im gerichtlichen Verfahren und im Gnadenwege) gewisse Unterschiede. Die gnadenweise Strafaussetzung ist ein Akt der Rechtsprechung; in dem einen Falle wird der Tatrichter in seiner eigensten Funktion, in dem anderen als Delegatar der Verwaltung tätig. Auch ist die Gewährung der Strafaussetzung zur Bewährung an andere Voraussetzungen geknüpft als diejenige im Gnadenwege. Im Hinblick auf den vom Bundesverfassungsgericht zutreffend herausgearbeiteten Sinn und Zweck des Art. 19 I S. 2 GG dürfte diesen Unterschieden jedoch keine grundsätzliche, die Anwendung jener Vorschrift erfordernde Bedeutung zukommen. Bei

144) Auf die -- subsidiäre -- Begründung auch der formellen Zulässigkeit der materiell an sich rechtmäßigen Auflagen, wie sie D ü r i g (a.a.O.) genau parallel zu der materiellrechtlichen Untersuchung von S c h r ö d e r gibt, braucht daher gar nicht zurückgegriffen zu werden. Sie ist m.E. im übrigen auch rechtlich nicht haltbar. Denn mit der inhaltlichen Benennung der Maßnahme im Gesetz (§ 24 I S. 2 Nr. 1 bis 6 StGB) ist ja gerade noch nicht gewährleistet, daß sich der Gesetzgeber auch der darin möglicherweise enthaltenen Grundrechtseinschränkungen bewußt geworden ist.

145) Vgl. die Beispiele bei G r a u - S c h ä f e r , Gnadenrecht, S. 285 ff.

den Auflagen nach § 24 StGB handelt es sich insoweit um die gleichen Möglichkeiten des Eingriffs in Grundrechte, wie sie auch das überkommene Recht bereits gekannt hat, wenn diese auch von anderen Organen der Staatsgewalt verwirklicht werden. Die Nichtanwendbarkeit des Art. 19 I S. 2 GG im Auflagenbereich findet daher auch von dieser Seite her ihre Begründung. Im Ergebnis kann daher auf jeden Fall so viel gesagt werden, daß gegen die gesetzlichen Bestimmungen der "dritten" Reaktionsspur des Kriminalrechts, auch soweit die auf ihrer Grundlage zu verhängenden Auflagen in Grundrechte eingreifen, im Hinblick auf Art. 19 I S. 2 GG keine Bedenken bestehen ¹⁴⁶⁾.

II.

A 1.) Die eingangs dieses Kapitels zitierte Wendung, die Auflagen fänden ihre Grenze am Grundgesetz, insbesondere an den Grundrechten der menschlichen Persönlichkeit, kehrt auch in den Kommentaren zu § 10 JGG wie überhaupt im jugendkriminalrechtlichen Schrifttum in gleicher Weise wieder ¹⁴⁷⁾. Andererseits werden aus diesem Grundsatz offenbar nicht immer die gebotenen Folgerungen gezogen. So werden, um nur ein Beispiel zu nennen, die Weisungen an einen Jugendlichen, einer bestimmten Jugendgruppe bzw. einem Sportverein beizutreten oder aus einem seine Erziehung gefährdenden Verein auszutreten, verschiedentlich beide für zulässig gehalten ¹⁴⁸⁾, oder aber es wird die Beitrittsweisung als Verstoß

146) Die zwischen den Ergebnissen der Untersuchung der materiellen und der formellen Grundrechtsproblematik bestehende Diskrepanz, daß einmal die lediglich auf der Generalklausel basierenden Auflagen zwar materiell, nicht aber formell grundrechtswidrig sind, die Aufzählung in den Nrn. 1 bis 6 des § 24 I S. 2 StGB andererseits für die formelle Zulässigkeit von Grundrechtseingriffen nicht ausreichen soll (vgl. die vorhergehende Anmerkung!), entbehrt nicht einer inneren Berechtigung. Denn das materiellrechtliche Erfordernis der inhaltsbestimmten Ausfüllung der Gesetzesvorbehalte und das formellrechtliche der Grundrechtsnennung gehen nicht ohne weiteres parallel. Bezweckt die materiellrechtliche Verfassungsforderung einen Schutz der Grundrechte gegen "Aushöhlung", so statuiert Art. 19 I S. 2 GG eine von der materiellrechtlichen zwar in gewisser Weise abhängige, im übrigen aber eigenständige zusätzliche Sicherung, die zu der bereits bestehenden materiellrechtlichen Rechtfertigung der Grundrechtseinschränkung erst hinzutreten muß.

147) Vgl. nur die oben in Anm. 2 Zitierten!

gegen Art. 9 I GG angesehen, die Austrittsweisung hingegen nicht ¹⁴⁹⁾ -- und dies alles, obwohl Art. 9 GG keinen Gesetzesvorbehalt aufweist! Endlich findet sich im Schrifttum auch noch eine Stimme, welche die genannte Weisung in positiver wie in negativer Form für verfassungswidrig hält ¹⁵⁰⁾. Immerhin scheint im Grundsätzlichen der Gedanke im Vordringen zu sein, daß die außerordentlich weitgehenden Erziehungsbefugnisse gegenüber dem kriminell gefährdeten Jugendlichen, der das JGG beherrschende Erziehungsgedanke "in seiner denkbar wirksamsten Form und bis zur Grenze seiner Vereinbarkeit mit den allgemeinen Grundlagen des Strafrechts" ¹⁵¹⁾ im Jugendkriminalrecht eine von der des Erwachsenenstrafrechts abweichende Lösung wie der Generalklausel - ¹⁵²⁾, so auch der Grundrechtsproblematik erfordern ¹⁵³⁾. Neuerdings sind es v.a. B r u n s ¹⁵⁴⁾, D ü r i g ¹⁵⁵⁾ und S t r e e ¹⁵⁶⁾, die bereits allgemein die rechtliche Möglichkeit jugendkriminalrechtlicher Weisungen andeuten, die als Auflagen im Erwachsenenstrafrecht nicht verhängt werden könnten, und zwar unter dem Gesichtspunkt der "Grundrechtsmündigkeit".

148) Vgl. G r e t h l e i n § 10 Anm. 1 d; P e t e r s , Der deutsche Strafprozeß, Karlsruhe 1952, S. 193; S t r e e , a.a.O., S. 200; ferner G ö b e l NJW 1954, 16 (der allerdings die Grundrechtsproblematik nicht ausdrücklich angeschnitten hat).

149) Die Zulässigkeit der Weisung, aus einem die Erziehung gefährdenden Verein auszutreten, wird allerdings teils überhaupt nicht (vgl. P o t r y k u s , JGG, § 10 N. 3; S c h a f f s t e i n , Referat, a.a.O., S. 30 und Jugendstrafrecht, S. 70), teils mit der Theorie von der "begrenzenden Wirkung der Strafe" (vgl. Dallinger-L a c k n e r § 10 Nr. 15) begründet, die ja bereits für die Bewährungsauflagen des Erwachsenenrechts abgelehnt worden ist und hier wegen des "reinen" Erziehungszwecks der "Weisungen" noch weniger verwendbar erscheint.

150) Soweit ersichtlich nur. R i e d e l , Diss., S. 113 f. und D e m s k i , Diss., S. 69, die sich zudem hinsichtlich der Weisung, aus einem ... Verein auszutreten, mit ihrem eigenen Ausgangspunkt (nämlich der Theorie von der "begrenzenden Wirkung der Strafe") in Widerspruch setzt.

151) M e z g e r , KLb, a.a.O., S. 309.

152) Vgl. oben 1. Kap. unter III B!

153) Vgl. schon P e t e r s JZ 1957, 65.

154) NJW 1959, 1397 f.

155) Maunz-Dürig Art. 19 III Rdnr. 20 ff.; vgl. insbes. Rdnr. 28 unter bb a.E.!

156) a.a.O., S. 197 ff.

Kann etwa die auf die Unbeschränkbarkeit des Grundrechts der Vereinsfreiheit gestützte Beschwerde eines Zwanzigjährigen gegen die Weisung, aus einem seine Erziehung gefährdenden Verein (etwa einem Motorsportclub ¹⁵⁷⁾) auszutreten, mit der Begründung zurückgewiesen werden, er könne dieses Grundrecht noch nicht selbständig, sondern nur durch seinen gesetzlichen Vertreter ausüben, dieser aber sei mit der Weisung einverstanden? Wie, wenn jener die Beschwerde eingelegt hat (§ 67 III JGG)? -- Soweit sich das Schrifttum mit der Frage der Grundrechtsmündigkeit befaßt ¹⁵⁸⁾, kommt es über die Aufstellung der formalen Definition, die "Grundrechtsmündigkeit" betreffe unabhängig von der "Grundrechtsfähigkeit" die selbständige Ausübbarkeit der dem Jugendlichen zustehenden Grundrechte, nicht wesentlich hinaus. Insbesondere liegt eine Untersuchung der jugendkriminalrechtlichen Maßnahmeproblematik unter diesem Gesichtspunkt bisher nicht vor. - Die allgemeinen verfassungsrechtlichen Untersuchungen zur Frage der Grundrechtsmündigkeit setzen zutreffend bei dem Eltern-Kind-Verhältnis an. Dabei betont neuerdings D ü r i g ¹⁵⁹⁾ -- in einem gewissen Gegensatz zu den Ausführungen von Hildegard K r ü - g e r ¹⁶⁰⁾ -- die Notwendigkeit, die zwischen den Kindesgrundrechten und dem Elterngrundrecht bestehende Dialektik, soweit sie nicht in Spezialnormen wie dem Gesetz über die religiöse Kindererziehung positivrechtlich geregelt ist, in einer Synthese zu versöhnen. Denn "die Kinder dürfen von Verfassungen wegen erwarten, daß der Staat weder durch seine Gesetzgebung noch durch Verwaltungs- oder Richterakte Würde und Freiheit beeinträchtigt oder (seitens der familienrechtlichen Gewalthaber) beeinträchtigen läßt. Dieselbe Verfassung anerkennt mit der gleichen Intensität

157) Man denke etwa an den Fall, der übertrieben motorsportbegeisterte Jugendliche habe gestohlen und betrogen, um mit dem erbeuteten Geld sein Motorrad "auffrisieren" und Benzin kaufen zu können.

158) Zu dieser Frage liegt bisher kaum Literatur vor; die Aufzählung bei Maunz - D ü r i g , a.a.O., Rdnr. 20 Anm. 4 dürfte bis auf die jüngsten Ausführungen von S t r e e , a.a.O. erschöpfend sein!

159) a.a.O., insbes. Rdnr. 22 ff.

160) Vgl. in FamRZ 1956, 329 ff.; ferner in Krüger-Breetzke-Nowack, Gleichberechtigungsgesetz, München und Berlin 1958, S. 278 ff., insbes. 285 ff.

das Grundrecht der Eltern, daß der Staat weder durch seine Gesetzgebung noch durch Verwaltungs- oder Richterakte ihr "natürliches" Entscheidungsrecht in Kindesangelegenheiten beeinträchtigt oder (seitens der entscheidungsunterworfenen Kinder) beeinträchtigen läßt." Die sonach notwendige Kompromißlösung sieht D ü r i g ¹⁶¹⁾ zutreffend darin, daß es, wo Spezialbestimmungen fehlen, bei den Regelungen des bürgerlichen Rechts bleibt. Da das bürgerliche Recht auch dem Elterngrundrecht Rechnung tragen muß, könnten nur offenbare Unterdrückungsvorschriften verfassungswidrig sein, nicht aber Bestimmungen, die man vielleicht de lege ferenda zugunsten der Kinder noch irgendwie besser und zweckmäßiger gestalten könnte. Bei Mißbrauch der elterlichen Befugnisse im Einzelfall stehe ja das schwere Geschütz des § 1666 BGB zur Verfügung.

Die eigentliche jugendkriminalrechtliche Problematik beginnt jedoch erst da, wo die Weisung zu dem -- oft in einer Beschwerde zum Ausdruck gekommenen -- Willen der elterlichen Gewalthaber im Widerspruch steht. Hier sind nun unter Berücksichtigung des oben im 1. Kapitel bereits Ausgeführten ¹⁶²⁾ folgende Überlegungen anzustellen: Auf der einen Seite ist der mit den "Weisungen" verbundene Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht mit diesem Recht stets, aber auch nur insoweit vereinbar, als er sich -- als "Komplementärreaktion" auf die strafbare Handlung -- an der "objektiven Tatschwere" orientiert und diese zum begrenzenden Maßprinzip nimmt. Auf der anderen Seite ist aber über dieser durch die inhaltliche Begrenzung der "Weisungen" erreichten Rechtfertigung aus dem staatlichen Strafanspruch nicht zu übersehen, daß es sich bei den betreffenden Maßnahmen nichtsdestoweniger um "reine Erziehung" handelt. Diese Erziehung tritt nun an die Stelle der elterlichen Erziehung, wo und insoweit diese in einem Teilbereich versagt; sie unterscheidet sich von jener lediglich durch ihre inhaltliche Begrenzung im Hinblick auf die "objektive Tatschwere". In diesem engen Rahmen aber muß dann der Staat, eben weil es sich bei aller rechtlichen Begrenzung dieser "Erziehung" doch um echte Erziehung handelt, alles tun können, was verständige Eltern (wäre ihnen derselbe Rahmen gezogen) in solchen Fällen tun würden. In

161) a.a.O.

162) Vgl. a.a.O. unter III B 1!

grundrechtlicher Hinsicht steht daher im Jugendkriminalrecht eine grundsätzlich andere Situation zur Beurteilung als im Auflagenrecht des StGB. Unter der Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit zur "objektiven Tatschwere" sind daher v.a. auch Eingriffe in unbeschränkbar (d.h. ohne Gesetzesvorbehalt) gewährleistete Grundrechte durch "Weisungen" zulässig¹⁶³⁾.

2.) Damit ist freilich zunächst nur ein formales Prinzip gefunden. Die inhaltliche Lösung der Problematik wird sich an der zweifachen Fragestellung auszurichten haben, ob einmal die Eltern selbst die in Aussicht genommene Grundrechtsbeschränkung überhaupt hätten vornehmen dürfen, und zum anderen, inwieweit nicht die dem Jugendrichter als Repräsentanten des "erziehenden" Staates zustehenden Rechte in dem jeweils in Frage stehenden Einzelfall gegenüber den (hypothetischen) Erziehungsrechten der Eltern durch die Beziehung zur objektiven Tatschwere begrenzt sind. Im einzelnen werden hier v.a. folgende Gesichtspunkte zu beachten sein¹⁶⁴⁾.

a) Die das personhafte Wesen des Menschen ausmachende Menschenwürde (Art. 1 I GG) darf nach einhelliger Auffassung auch seitens der elterlichen Gewalthaber nicht angetastet werden. Ihre Beeinträchtigung in jeglicher Form ist daher auch durch die jugendrichterlichen "Weisungen" in jedem Falle rechtlich ausgeschlossen. Insoweit ergibt sich zu dem oben zum Erwachsenenrecht entsprechend Ausgeführten¹⁶⁵⁾ keinerlei Abweichung in grundsätzlicher Hinsicht. In gleicher Weise wie dort sind hier die vier Punkte: Eigenart der Maßnahme, Persönlichkeit des Täters, Schwere der Tat und konkrete Ausgestaltung der "Weisung" zu beachten. In sehr vielen Fällen wird jedoch hier insbesondere das jugend-

163) Es würden daher, um auf das eingangsangeführte Beispiel zurückzukommen, weder gegen die Weisung, aus einem Verein aus-, noch gegen die, in einen solchen einzutreten, im Hinblick auf Art. 9 I GG grundsätzliche Bedenken bestehen. -- Im übrigen vgl. zu dieser Weisung näher unten unter 2 e !

164) Vgl. dazu v.a. die eingehenden Ausführungen bei S t r e e , a.a.O.

165) Vgl. oben unter I A 3 a!

liche Alter der hier in Rede stehenden Täter als solches ¹⁶⁶⁾ eine Weisung verfassungsrechtlich als zulässig erscheinen lassen, die im Erwachsenenstrafrecht als Auflage in aller Regel gegen Art. 1 GG verstoßen würde. Dies gilt beispielsweise von der Weisung an den etwa noch schulpflichtigen vierzehnjährigen Verkehrssünder, sich eine Zeitlang als "Schülerlotse" zu betätigen oder vielleicht auch Verkehrsteufelplakate durch die Straßen zu tragen ¹⁶⁷⁾. Insbesondere werden Weisungen des Inhalts, einen Besinnungsaufsatz zu schreiben ¹⁶⁸⁾, bestimmte Bücher zu lesen oder bestimmte Filme zu besuchen und darüber zu berichten ¹⁶⁹⁾, im Jugendkriminalrecht unter diesem Gesichtspunkt regelmäßig als zulässig anzusehen sein. -- Das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit zwischen Straftat und Weisung spiegelt sich hier ebenso wie bei den Auflagen des Erwachsenenrechts in erster Linie in der Notwendigkeit der Bestimmung der Maßnahme zur Bekämpfung "tatsächlicher Tätergefährlichkeit". So wird gegen die jugendlichen Friedhofschändern erteilte Weisung, Gräber regelmäßig zu pflegen und zu schmücken ¹⁷⁰⁾, nichts einzuwenden sein; dagegen wird sie nicht zu dem Zwecke erteilt werden dürfen, das Grab des bei einer unerlaubten Motorradtour ums Leben gekommenen Freundes zu betreuen ¹⁷¹⁾. In dem ersteren Falle nimmt die Weisung in etwa den Charakter einer Arbeitsauflage an, wie sie in § 10 I S. 2 Nr. 4 JGG auch ausdrücklich genannt ist, in dem letzteren bedeutet sie in aller Regel eine moralische Demütigung für den Jugendlichen,

166) Ausnahmen (etwa "Wunderkinder") sind natürlich möglich.

167) Vgl. K e l l n e r UJ 1954, 472.-- Diese letztere Auflage wird freilich in vielen Fällen auch von jugendlichen Tätern als ehrverletzend empfunden werden und deshalb gegen Art. 1-I GG verstoßen. (Vgl. auch die Bedenken von S c h n i t z e r l i n g DAR 1956, 125.

168) Vgl. AG Darmstadt EJF 1953 S. 60 Nr. 11 b (H o l z s c h u h) K i r c h h o f f UJ 1952, 273 f.; ferner H e i n e n UJ 1952, 75.

169) AG Darmstadt, a.a.O., Nr. 12; vgl. ferner H o l z s c h u h in JWohl 1952, 158 sowie in: Neue Wege, a.a.O., S. 169.

170) Vgl. H o l z s c h u h in JWohl, a.a.O., 160 sowie in: Bekämpfung der Jugendkriminalität, a.a.O., S. 152.

171) Vgl. H o l z s c h u h in: Neue Wege, a.a.O. Dagegen M i d d e n d o r f f , Jugendkriminologie, S. 221 ("bedenklich ..."); vgl. ferner G ö b e l NJW 1954, 16 sowie insbesondere auch Dallinger- L a c k n e r § 10 N.12.

der durch den von ihm verschuldeten Unfalltod des Freundes meist schon "genug gestraft" ist. -- Die größte Bedeutung wird im Rahmen der Problematik des Art. 1 I wohl der konkreten Ausgestaltung der Weisungen hinsichtlich der Modalitäten ihrer Erfüllung zukommen. So kommt es bei der von manchen Jugendrichtern bevorzugten Weisung, irgendwelche guten Werke zu tun ¹⁷²⁾, v.a. darauf an, daß die Beschenkten oder sonst von der Weisung Begünstigten möglichst nicht wissen, daß der Weg ihres "Wohltäters" über das Jugendgericht zu ihnen führt ¹⁷³⁾, was sich freilich in der Praxis schwerlich wird durchführen lassen. Sodann bedeuten solche Weisungen, soweit sie den Jugendlichen mit wildfremden alten oder bedürftigen Menschen zusammenführen, in aller Regel einen Einbruch in seine seelische Intimsphäre, aus der ja die Anbahnung über das Geschäftliche etc. hinausgehender menschlicher Beziehungen stets erwächst. Solche persönlich-seelischen Bindungen unter Arrestdrohung herzustellen, steht dem Staat auch gegenüber dem straffällig gewordenen Jugendlichen nicht zu. Wenn ein jugendlicher Exhibitionist lernen muß, "daß man sich Frauen gegenüber auch ritterlich benehmen kann", dann werden sich auch andere -- mit Art. 1 I GG eher vereinbare -- Wege finden lassen als die Weisung, einer armen alten Frau ein Jahr hindurch jeden Monat einen Zentner Kohlen und ein Pfund Butter zu bringen, "die Kohlen aber selbst auf dem Karren zu schieben" ¹⁷⁴⁾. Noch bedenklicher erscheint unter diesem Gesichtspunkt die Weisung desselben Jugendrichters an eine (erfolglose) jugendliche Abtreiberin, allsonntäglich Rosen in ein Altersheim zu denjenigen Frauen zu bringen, die im Kriege einen Sohn

172) So v.a. die Praxis von H o l z s c h u h ; vgl. in sämtlichen angeführten Veröffentlichungen.

173) Dies betont auch H o l z s c h u h in: Neue Wege, a.a.O. (Diskussionsbeitrag).

174) Vgl. H o l z s c h u h , Aber ihr klagt uns an, S. 163. -- Ähnlich verfassungswidrig erscheint z.B. die Weisung an ein wegen Vortäuschung einer Straftat nach § 145 d StGB verurteiltes junges Mädchen, einen Monat lang zweimal wöchentlich einer alten, gelähmten Frau im Haushalt zu helfen (AG Darmstadt EJF 1954 S. 12 Nr. 11).

verloren hatten ¹⁷⁵⁾. -- Problematisch im Hinblick auf Art. 1 I GG kann eine Weisung auch durch ihre bloße (lange) Dauer werden ¹⁷⁶⁾. Gegen eine Weisung des Inhalts, den aus Unachtsamkeit mit dem Fahrrad angefahrenen alten Rentner im Krankenhaus mit einer Flasche Wein zu erfreuen, wird wohl grundsätzlich nichts einzuwenden sein; anders dagegen, wenn dies etwa ein Jahr lang jeden Sonntag geschehen soll ¹⁷⁷⁾. -- Im übrigen ist hier im Jugendkriminalrecht zu beachten, daß Art. 1 I als *lex generalis* eine noch größere Bedeutung erlangt als im Rahmen der Bewährungsauflagen des Erwachsenenstrafrechts, nachdem hier die Wirksamkeit anderer (spezieller) Grundrechte wegen der Grundrechtsunmündigkeit des betroffenen Jugendlichen vielfach nicht gewährleistet ist. Darauf wird im folgenden bei der Besprechung der (im Erwachsenenrecht) uneinschränkbaren Grundrechte noch mehrmals zurückzukommen sein.

b) Das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG) kann auch durch Weisungen nach § 10 JGG nicht angetastet werden, was schon daraus hervorgeht, daß die "Grundrechtsmündigkeit" nach der Spezialregelung des § 5 des Gesetzes über die

175) Weisungen von H o l z s c h u h , berichtet von K ü s t e r JZ 1954, 4. - Bezeichnenderweise sind diese Weisungen "im Grenzgebiet des Rechtlichen" (L a c k n e r) nur selten in der Form veröffentlicht, in der gerichtliche Entscheidungen auch sonst mitgeteilt werden; man erfährt davon meist nur in Aufsätzen, aus denen dann nicht hervorgeht, ob der betr. Richter wirklich den "Mut" gehabt hat, sie unter Androhung von Jugendarrest nach § 11 II JGG bzw. Widerruf der Strafaussetzung für den Nichterfüllungsfall anzuordnen. Soweit diese "Weisungen" dagegen für den Jugendlichen unmißverständlich erkennbar als bloße "Anregung" zur Sühne (also ohne die Drohung des § 11 II JGG bzw. des Widerrufs der Strafaussetzung) gemeint sein sollten (vgl. Vins UJ 1955, 98), ist freilich zumindest vom rechtlichen Standpunkt nichts dagegen einzuwenden.

176) Vgl. etwa M a n t l e r in: Neue Wege, a.a.O., S. 208 (der allerdings nur die "abstumpfende Wirkung" befürchtet.).

177) So die Weisung von H o l z s c h u h , mitgeteilt in: Neue Wege, a.a.O., S. 170.

religiöse Kindererziehung mit der Strafmündigkeit zusammenfällt, das Grundrecht des Art. 4 GG aber unbeschränkbar gewährleistet ist 178).

c) Eingriffe in das Grundrecht der freien Meinungsäußerung sind im Jugendkriminalrecht kaum denkbar. Insbesondere greifen etwa die Weisung, ein bestimmtes Buch zu lesen und darüber zu berichten oder die Weisung, einen Besinnungsaufsatz zu schreiben, überhaupt nicht in das Grundrecht des Art. 5 I GG ein, weil der Jugendliche ja dadurch nur den Anstoß erhalten soll, seiner Erziehung förderliche Gedanken überhaupt kennenzulernen bzw. sich mit ihnen auseinanderzusetzen, und nicht gezwungen wird, sich eine bestimmte Meinung auch zu eigen zu machen 179).

d) Hinsichtlich des Grundrechts der Vereinsfreiheit (Art. 9 GG) sind den elterlichen Gewalthabern (und damit grundsätzlich auch dem Staat) nur die Schranken der Art. 1 I, 4 GG auferlegt. Art. 1 I GG wird etwa dann als verletzt angesehen werden können, wenn einem wegen § 175 StGB verurteilten Jugendlichen aufgegeben wird, an den Tanzveranstaltungen einer Jugendgruppe teilzunehmen 180). Denn dadurch würde der Jugendliche gezwungen werden, mit dem anderen Geschlecht Kontakt aufzunehmen, wobei er -- wie das Symptom seiner Straftat zeigt -- zumeist erheblichen seelischen Komplexen unterliegen wird. Es liegt daher in aller Regel ein unzulässiger Eingriff in die Intimsphäre des Jugendlichen vor. Zweifelhaft könnte im Hinblick auf Art. 1 I GG auch die Weisung erscheinen, sich einem Antialkoholverein anzuschließen und in diesem aktiv mitzuarbeiten, insbesondere an seinen Ausspracheabenden teilzunehmen. Jedoch wird hier einmal zu berücksichtigen sein, an welche Art von jugendlichen Delinquenten eine solche Weisung ergeht, und dann liegt es auch an dem Richter, dem Jugendlichen den Unterschied zwischen der in gewissem Sinne "diskriminierenden" Unterbringung in einer Trinkerheilstätte und einer der-

178) Im übrigen sh. hierzu die sinngemäß geltenden Ausführungen oben unter I A 3 d.

179) Ebenso S t r e e , a.a.O., S. 163.

180) Vgl. V i n s UJ 1955, 99.

artigen Weisung klarzumachen. Im übrigen bestehen gegen die Weisung, aus einem die Erziehung gefährdenden Verein aus- oder in einen weltanschaulich neutralen ¹⁸¹⁾ Verein wie etwa die Verkehrswacht oder das Rote Kreuz einzutreten, keine Bedenken, sofern sich diese Weisung innerhalb des durch die "objektive Tatschwere" gezogenen Rahmens hält. Jugendrichterliche Eingriffe in das Grundrecht der negativen wie der positiven Vereinsfreiheit sind demnach grundsätzlich als zulässig anzusehen.

e) Ganz entsprechend werden Eingriffe in das Grundrecht des Art. 10 GG zu beurteilen sein. Insbesondere wird die Weisung, sich einer Postkontrolle durch einen Bewährungshelfer zu unterwerfen, ja auch nur unter ganz engen Voraussetzungen im Einzelfall in Frage kommen, so etwa, wenn der wegen eines Sittlichkeitsdelikts verurteilte Jugendliche durch unzünftige Briefe auf die schiefe Bahn geführt worden ist ^{182) 183)}.

B) In formeller Hinsicht ergeben sich im Jugendkriminalrecht in seiner Beziehung zur Grundrechtsordnung keine Schwierigkeiten. Denn soweit der Jugendliche bereits grundrechtsmündig ist, wie dies nach § 5 RKEG der Fall ist, sind staatliche Eingriffe wegen Verstoßes gegen Art. 4 GG schon materiellrechtlich unzulässig. Soweit der Jugendliche hingegen zu einer selbständigen Ausübung seiner Grundrechte rechtlich noch nicht fähig ist, greifen

181) Selbstredend kann auch der Beitritt zu christlich-konfessionell gebundenen Vereinigungen wie der Kolping-Jugend oder des CVJM angeordnet werden, falls der Jugendliche zustimmt. Dagegen erheben sich auch im Hinblick auf § 11 II JGG grundsätzlich keine Bedenken, weil der evtl. zur Anwendung gelangende Jugendarrest ja nicht ehrenmindernd wirkt und daher sehr wohl im letzten Grunde auf der Zustimmung des Jugendlichen selbst beruhen kann. -- In solchen Fällen kann von einem (unwirksamen) "Grundrechtsverzicht" des Jugendlichen keine Rede sein; die Weisung stellt vielmehr dann gar keinen "Eingriff" in die Intimsphäre des Delinquenten dar.

182) Unter derartigen Voraussetzungen billigt sogar Hildegard K r ü g e r FamRZ 1956, 333 f. den Eltern das Recht zu, den Briefverkehr ihrer 20-jährigen Tochter zu überwachen.

183) Wenn B e c k e r , Jugendschutz, S. 53 eine solche Weisung schlechthin für unzulässig hielt, so lag dies wohl an dem bisherigen Fehlen der dogmatischen Grundlagen, die Eingriffe auch in unbeschränkbar gewährleistete Grundrechte erlauben.

die staatlichen "Weisungen" und "Pflichten" nur in das in Art. 6 I GG geschützte Elternrecht ein. Die Notwendigkeit einer Nennung des Art. 6 I entfällt jedoch, wenn man der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur "vorkonstitutionellen" Gesetzgebung im Sinne des Art. 19 I S. 2 GG ¹⁸⁴⁾ folgt, nachdem die "Weisungen" und "besonderen Pflichten" des Jugendkriminalrechts unter der letzteren Bezeichnung bereits in § 9 des RJGG vom 6.11.1943 (RGBl. I S. 639) enthalten waren.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß die Weisungsmöglichkeiten des Jugendrichters gegenüber dem straffällig gewordenen Jugendlichen durch die Grundrechtsordnung des Grundgesetzes kaum beschränkt sind, daß vielmehr der staatliche Erziehungsanspruch im großen Ganzen nur an der objektiven Tatschwere und an der Menschenwürde des jugendlichen Täters seine Schranken findet.

184) Vgl. oben unter I B 4!

3. K a p i t e l

Der systematische Standort der "dritten Spur"
im Normengefüge des überkommenen Kriminalrechts.
(Die systematischen Grenzen der Auflagen).

Hat die Variationsbreite der im Rahmen der "dritten Spur" möglichen Maßnahmen das moderne Kriminalrecht in einem bisher unbekannten Ausmaß in die Problematik des Verfassungsrechts hineingeführt, so bereitet sie auch deren systematischer Einordnung in das überkommene "zweispurige" Strafrecht manche Schwierigkeiten. Bei der Einführung der sichernden und bessernden Maßregeln im Jahre 1933 konnte die Frage des Verhältnisses dieser neu eingeführten zu den bereits vorhandenen Sanktionen gar nicht im eigentlichen Sinne auftauchen. Die "zweite Spur" war in ihren Voraussetzungen und Wirkungen von der ersten sauber getrennt: Die Strafe diente der Sühne für Schuld, die Maßregel der Prävention wegen der Gefährlichkeit des Täters. Der Einwand, diese Trennung sei wegen der "komplexen" Natur sowohl der Strafe als auch der Maßregel wohl in der theoretischen Konstruktion, nicht aber in der praktischen Wirkung rein durchführbar, war nur bei der Sicherungsverwahrung ¹⁾, und auch dort nur von theoretischem Interesse. Denn der Gesetzgeber hatte eben in den §§ 42 a ff. StGB einen Katalog von Maßregeln zur Verfügung gestellt, die -- wenn man von der Sicherungsverwahrung einmal absieht -- in ihren Wirkungen mit den überkommenen Haupt- und Nebenstrafen nichts gemein hatten, und die in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen abschließend ²⁾

-
- 1) Man entsinne sich nur des von K o h l r a u s c h DRZ 47,27 geprägten Schlagwortes vom "Etikettenschwindel".
- 2) Dieser Zug setzt sich noch heute fort, wie etwa an der gegenüber dem § 88 E 1958 erfolgten Präzisierung der Voraussetzungen für die Anordnung der Unterbringung in einem Arbeitshaus in § 87 der überarbeiteten Fassung zu ersehen ist.

und von denen der Strafen völlig verschieden geregelt waren. Die Praxis der Rechtsanwendung konnte, ja mußte sich darauf beschränken, die neu eingeführte Reaktionsmöglichkeit zur Kenntnis zu nehmen und von ihr den vom Gesetzgeber gewollten und vorgezeichneten Gebrauch zu machen. -- So schien es zunächst auch bei der Einführung der "dritten Spur" zu sein. Erst nach und nach kam man nach Einführung der Strafaussetzung zur Bewährung im Erwachsenenstrafrecht ³⁾ und im Anschluß daran auch im Jugendkriminalrecht zu der Erkenntnis, daß sich angesichts der mannigfachen Eigentümlichkeiten, wie sie die "dritte Spur" gegenüber den beiden anderen Spuren aufweist, die Möglichkeit inhaltlicher Berührungen und Überschneidungen mit diesen ergebe, und daß dieser Möglichkeit auch dogmatisch irgendwie Rechnung getragen werden müsse.

Die Möglichkeit der inhaltlichen Überschneidung der den verschiedenen "Spuren" gesetzlich zugeordneten Reaktionsformen rückt in greifbare Nähe, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß die Auflagen schon in ihrer Zweckrichtung praktisch nicht begrenzt sind. Leitidee der "Dreispurigkeit" ist zwar der Resozialisierungsgedanke, daneben finden sich jedoch etwa in § 24 I S. 2 Nr. 5 StGB

3) Auch die Bemerkung von J a g u s c h (LK § 42 h Anm.2), das Gericht sei in der Auferlegung "besonderer Pflichten" frei und könne die Auflagen ergänzen und ändern, nur könne es nicht Auflagen machen, die als sichernde und bessernde Maßregeln in § 42 a aufgezählt seien, stammt erst aus dieser Zeit (dazu vgl. im Übrigen unten unter I 2 b!). -- Daß diese Problematik immerhin im Grundsätzlichen schon früher gesehen, wenn freilich auch nicht näher untersucht worden ist, erhellt aus der Bemerkung von G r a u - S c h ä f e r, Gnadenrecht, S. 290: Unzulässig seien Erziehungsmaßnahmen, die "eine nur durch Urteil zu treffende Freiheitsbeschränkung" enthielten, wie z.B. Arbeitshaus.

und in § 15 JGG auch sühnebetonte Maßnahmen, und der E 1958 trägt dem in § 77 sogar ausdrücklich Rechnung. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anordnung von Auflagen, -- daß dem Verurteilten aus Schulderwägungen oder aus kriminalpolitischen Gründen seine Verurteilung fühlbar gemacht werden müsse, oder daß er unter der Einwirkung der Maßnahme ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben erwarten lasse ⁴⁾ --, könnten ebensogut (mit) als Überschrift über den Straf- und Maßregelkatalogen stehen. Hinzu kommt, daß im Rahmen der "dritten Spur" allenthalben eine Generalklausel -- und bei dem oben befürworteten "elastisch gefaßten" abschließenden Katalog ist es praktisch nicht viel anders -- schier unübersehbare Möglichkeiten eröffnet. Der Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen läßt auf den ersten Blick ohne weiteres den Schluß zu, daß der Richter sollte "jede ihm zweckmässig erscheinende Anordnung treffen", "den Hebel (einfach) dort ansetzen dürfen, wo die kriminogenen Faktoren sitzen" ⁵⁾. Dies kann im "kritischen Falle" dazu führen, daß eine nach den §§ 24, 42 h StGB anzuordnende Maßnahme sich in ihren faktischen Wirkungen mehr oder minder mit einer der gesetzlich vorgesehenen (und näher umschriebenen) Straf- oder Maßregelmöglichkeiten deckt. Erreicht diese Deckung einen bestimmten Grad, so ergibt sich ein Konkurrenzproblem, das entweder im Sinne der Anordnung oder der Nichtanordnung der Auflage gelöst werden muß. Denn die bloße Tatsache, daß z.B. ein Berufsverbot einmal als Maßregel und einmal als Auflage angeordnet werden soll, kann doch den erheblichen Unterschied in den gesetzlichen Voraussetzungen kaum rechtfertigen ⁶⁾.

An dieser Stelle ist sogleich auf einen möglichen Einwand einzugehen, der -- wäre er durchschlagend -- die Konkurrenzprobleme dogmatisch sofort "entschärfen" würde, der sich aber

4) Vgl. Amtl. Begr., S. 76.

5) So Schönke - Schröder § 24 Anm. II.

6) Vgl. bereits oben im 1. Kap. unter III A 1 sowie insbes. unten unter I 2 a a.E.!

bei näherer Betrachtung, wie B r u n s ⁷⁾ treffend gesagt hat, als "mit der realistischen Natur des Strafrechts unvereinbar" erweist ⁸⁾. Selbstverständlich liegt das Konkurrenzproblem nicht so offen zutage, daß sich die in Frage kommenden Auflagen und die ihnen in ihren Wirkungen entsprechenden sonstigen Maßnahmen (Maßregeln oder auch Strafen) in ihrer formal-juristischen Ausgestaltung im einzelnen decken würden. So hat beispielsweise die Auflage der freiwilligen Hinterlegung des Führerscheins bei einer Aufsichtsstelle im Gegensatz zur Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 42 m StGB keinen Vermerk im Register zur Folge. Der Verurteilte braucht nach Ablauf der im Auflagenbeschluß festgesetzten Frist keine neue Fahrprüfung abzulegen, um wieder in den Besitz seines Führerscheins zu gelangen. Die Auflage ist auch nicht vollstreckbar, auf der anderen Seite kann ihre Nichterfüllung nach § 25 II Nr. 3 StGB den Widerruf der Strafaussetzung und die Vollstreckung der ausgesetzten Strafe nach sich ziehen. Handelt der Verurteilte der Auflage in der Weise zuwider, daß er trotz ordnungsmässiger Hinterlegung seines Führerscheins dennoch sein Kraftfahrzeug selbst steuert, so ist er nur nach den §§ 4 II, 71 StVZO, nicht hingegen nach § 24 I Nr. 1 StVG strafbar u.s.w. ^{8a)}. Die beiden Maßnahmen gleichen einander lediglich in ihrem "Kern", in ihrer faktischen Wirkung, in der Tatsache eben, daß der Verurteilte während einer bestimmten Zeit von der Führung eines Kraftfahrzeugs ausgeschlossen sein soll. -- Es kann m.E. nicht fraglich sein, daß bei der dogmatischen Untersuchung auf diese faktische Wirkung jener Maßnahmen abgestellt werden muß. Eine derartige faktische Betrachtung ist ja dem Strafrecht auch sonst nicht fremd. So wird auf der tatbestandlichen Ebene bei der bekannten Rechtsfigur der "Konsumtion"

7) GA 1959, 225 Anm. 64.

8) In derselben Richtung liegt auch die in anderem Zusammenhang gebrauchte Wendung von S t r e e, a.a.O., S.31, entscheidend habe stets die wahre und nicht die formale Betrachtung einer Deliktsfolge zu sein.

8a) Mit diesen Unterschieden in der rechtlichen Ausgestaltung der betr. Maßnahmen argumentiert z.B. S c h ä f e r in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, a.a.O., S.25.

davon ausgegangen, daß die verdrängte Tat regelmässige (!) Begleiterscheinung der Haupttat sei, so daß das Gesetz bei der Bemessung der Strafdrohung für jene den Unrechts- und Schuldgehalt auch der verdrängten Tat bereits mit veranschlagt habe und damit die Strafsatzung für die Begleittat gegenstandslos geworden sei ⁹⁾, und in den durch teleologische Auslegung zu ermittelnden Fällen der "stillschweigenden Subsidiarität" ¹⁰⁾ ist es nicht anders. Auf der Rechtsfolgenebene hat beispielsweise kürzlich der BGH ¹¹⁾ die Erforderlichkeit einer Unterbringung verneint, wenn der Angeklagte bereits auf Grund des Unterbringungsgesetzes von Nordrhein-Westfalen untergebracht sei, und dies damit begründet, daß hinsichtlich der Sicherungswirkung (!) zwischen beiden Maßnahmen -- der strafrichterlichen und der des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit -- kein Unterschied festzustellen sei. Die Sanktionen des Strafrechts sind eben nicht Selbstzweck, sondern stets Mittel zur Erreichung bestimmter Zwecke. "Gerecht ist nur das kriminalpolitisch Notwendige" ¹²⁾; die formal-juristische Einzelausgestaltung ist nicht mehr als ein Hilfsmittel zur Verwirklichung der kriminalpolitischen Notwendigkeiten. -- Die Notwendigkeit einer faktischen Betrachtung folgt -- mit besonderer Blickrichtung auf die hier zur Diskussion stehenden Auflagenkataloge -- endlich auch daraus, daß angesichts der weiten Fassung dieser Auflagenkataloge im Gegensatz zu der engen Voraussetzungsgebundenheit der Strafen und Maßregeln einer möglichen Aushöhlung des ja für alle Kriminalstrafaktionen geltenden Grundsatzes der gesetzlichen Bestimmtheit in irgendeiner Weise vorgebeugt werden muß.

9) Vgl. J a g u s c h LK Vorbem. C 4 vor § 73.

10) Vgl. etwa J a g u s c h , a.a.O., Vorbem. C 2; M a u r a c h I, S. 588 f.

11) BGHSt. 12,50 = LM Nr. 17 zu § 42 b StGB m.Anm. K o h l h a a s .

12) Vgl. Eb. S c h m i d t ZStrW 64,1; J a g u s c h JZ 1953, 688.

Dies alles sollte eigentlich nicht zweifelhaft sein; die wirklichen Schwierigkeiten liegen m.E. an einer anderen Stelle: Wann liegt eine derart weitgehende Ähnlichkeit in den faktischen Wirkungen zweier verschiedenen "Spuren" angehörender strafrechtlicher Maßnahmen denn vor, daß überhaupt von einem Konkurrenzproblem gesprochen werden kann ¹³⁾, und nach welchen Maßstäben ist dieses gegebenenfalls zu lösen? Wie verhält sich beispielsweise zu der Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 42 m StGB die Auflage ⁸⁾, den Führerschein auf die Dauer eines Jahres, zweier Monate, einer Woche bei der Polizeibehörde zu hinterlegen, oder ihn jeden Samstag abzugeben, um ihn am Montagmorgen wieder in Empfang nehmen zu können? Hat der Richter -- falls ein solches Konkurrenzverhältnis wirklich vorliegt -- bei der Bestimmung der Auflagen an den Grenzen der Strafen und sichernden Maßregeln haltzumachen oder kann er, was als Strafe oder Maßregel möglich wäre, auch als Auflage anordnen, sei es unter den gleichen, sei es auch unter anderen Voraussetzungen, die die Anordnung einer Maßregel nicht rechtfertigen würden?¹⁴⁾ -- Die "dogmatische Durchdringung" dieses Problemkreises, deren Bedeutung auch jüngst in der Diskussion des Referates von B r u n s ¹⁵⁾ auf der Erlanger Strafrechtslehrertagung immer wieder hervorgehoben worden ist ¹⁶⁾, steht, wie Bruns zu Recht feststellt ¹⁷⁾, immer noch in den Anfängen. Im folgenden soll nun der Versuch gemacht werden, unter Auswertung des zumeist sporadischen Schrifttums zu einer rechtsstaatlich-dogmatisch und kriminalpolitisch gleichermaßen zufriedenstellenden Lösung dieser Problematik zu gelangen.

13) Dies wird beispielsweise im Verhältnis zwischen ambulanten Auflagen und den freiheitsentziehenden Strafen und Maßregeln nie der Fall sein.

14) So etwa die Fragestellung bei Schönke - S c h r ö d e r § 24 Anm. II 2, der ich -- zumindest als "Einstieg" in die Problematik -- derjenigen von Bruns GA 1956, 211; 1959, 223 den Vorrang geben zu müssen glaube, weil diese nach der scharf pointierten Art ihrer Formulierung bereits ein Ergebnis nahelegt, das es erst zu finden gilt.

15) Abgedruckt in GA 1959, 193 ff.

16) So v.a. in den Diskussionsbeiträgen der Professoren Dres. B o c k e l m a n n, J e s c h e c k, H a l l und W e l z e l.

17) a.a.O., 194, 222 ff.

I.

1.) Die erste Frage, die es in diesem Zusammenhang zu beantworten gilt, geht dahin, wie zu entscheiden ist, wenn im konkreten Fall die Voraussetzungen **b e i d e r** Sanktionen, einer Auflage u n d einer Maßregel der Sicherung und Besserung ¹⁸⁾, etwa einer Unterbringung nach § 42 c StGB, erfüllt sind.

Geht man von dem Wortlaut der in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen aus, so liegt die Annahme nahe, die Auflage scheide im Falle der Konkurrenz mit der Maßregel schon deshalb aus, weil diese zwingend vorgesehen ist, während der Richter von der Erteilung der Auflage u.U. nach § 24 II S. 1 StGB absehen kann. Allein, würde ein Lösungsversuch in dieser Richtung schon bei § 42 1 StGB zu keinem Ergebnis führen ¹⁹⁾, so vermag dieser Gedankengang auch nach allgemein strafrechtlichen Grundsätzen nicht zu überzeugen. Denn zwischen Muß- und Kannvorschriften besteht kein grundsätzlicher Unterschied. Die Beurteilung der Erforderlichkeit auch der "obligatorischen" Sicherungsmaßregel hängt weitgehend von dem pflichtmäßigen richterlichen Ermessen ab, wie auch umgekehrt das "Kann" etwa in § 42 1 an den Richter den Befehl bedeutet, von der Vorschrift Gebrauch zu machen, wenn immer ihr Zweck es angemessen erscheinen läßt, sie anzuwenden ²⁰⁾. Dieser Gesichtspunkt scheidet daher für die Lösung der Konkurrenzproblematik aus: Der Richter ist vielmehr nach dem Wortlaut beider Normengruppen, der §§ 42 a ff. und des § 24 StGB, grundsätzlich zu ihrer Anwendung gehalten.

Können nun in diesem Falle etwa beide in Betracht kommenden Bestimmungen kumulativ herangezogen werden, um die Erzielung der einen vom Gesetz aber in verschiedenen Bestimmungen vorgesehenen faktischen Wirkung juristisch zu begründen? Dies erscheint aus

18) Der Fall konkurrierender Voraussetzungen für Haupt- und Neben s t r a f e n einerseits und Auflagen andererseits ist praktisch kaum denkbar.

19) Im E 1958 sind dagegen, "wie dies allein dem Sinn und Zweck des Maßregelrechts entspricht" (B r u n s ZStrW 71,239), alle Maßregeln der Besserung und Sicherung zwingend angeordnet.

20) Vgl. B r u n s ZStrW 60,498, insbes. auch a.a.O., Anm. 60 unter Berufung auf RGSt. 74,54.

mehreren Gründen nicht angängig; eine solche Lösung ist auch im Schrifttum zu Recht noch nicht vorgeschlagen worden. Als durchschlagend erweist sich insbesondere das Bedenken, der Staat könne nicht einerseits dem Verurteilten auferlegen, eine Handlung freiwillig vorzunehmen, gleichzeitig aber seine Vollstreckungsorgane anweisen, den an den Verurteilten ergangenen Rechtsbefehl zwangsweise durchzusetzen - soll von dem kriminalpolitischen Wert, der gerade in der Freiwilligkeit der Auflagenerfüllung liegt, überhaupt etwas übrig bleiben. Davon abgesehen, erscheint eine Kumulation von Auflage und "inhaltsgleicher" Maßregel auch positivrechtlich nicht möglich. Denn (zumindest ungeschriebenes) Tatbestandsmerkmal aller richterlichen Präventionsmaßnahmen ist die Erforderlichkeit der betreffenden Maßnahme ²¹⁾. Diese entfällt aber stets, wenn de facto bereits ein Zustand herbeigeführt ist, welcher der Gefährlichkeit des Täters in der spezifischen Stoßrichtung der Maßregel bzw. der Auflage entgegenwirkt. Jede Maßnahme darf m.a.W. nur angeordnet werden, falls nicht durch das Vorhandensein einer anderen (bzw. der Voraussetzungen für eine solche) die Sachlage eine Änderung erfahren würde ²²⁾. Innerhalb der hier zur Diskussion stehenden Maßnahmen mit gleicher faktischer Wirkung ist also stets nur die Anordnung einer der beiden nach dem Wortlaut des Gesetzes möglichen Maßnahmen zulässig und geboten. Damit stellt sich das Problem der Auswahl: Maßregel o d e r Auflage.

Das Problem der Auswahl konkurrierender strafrechtlicher Reaktionsmittel ist vor nunmehr zwei Jahrzehnten bereits einmal in anderem Zusammenhang untersucht worden, und zwar in der grundlegenden Arbeit von B r u n s in ZStrW 60,474 ff. zu § 42 n StGB. Die Herstellung einer gedanklichen Querverbindung zu dem dort behandelten Fragenkreis kann nur zu einer Vertiefung des theoretischen Verständnisses auch unseres Problembereichs beitragen. Das Problem der Auswahl einer Maßnahme ist das Problem

21) In § 42 m StGB enthält die Feststellung der Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen nach h.M. zugleich die unwiderlegliche Vermutung der Erforderlichkeit der Entziehung der Fahrerlaubnis (vgl. Kohlrausch - L a n g e § 42 m Anm. VI a.E. mit Nachw.).

22) Vgl. Bruns , a.a.O., 488 mit Nachw.

ihrer Bevorzugung vor einer anderen. Dabei ist vor einer vorfrühten Festlegung auf eine "primär in Betracht kommende" Maßnahme zu warnen, nachdem das Gesetz innerhalb des Maßnahmen-, also des Maßregel- wie des Auflagenrechts eine grundsätzliche Rangordnung nach der Natur der einzelnen Maßnahmen nicht kennt, diese vielmehr Gefahren bekämpfen sollen, die in verschiedener Richtung von dem Täter ausgehen. Der "Primat" einer Maßnahme im Einzelfall bestimmt sich sonach nur nach Maßgabe der verschiedenen kriminellen Eigenschaften des Täters. Der Maßstab, nach dem dieser "Primat" der einen oder der anderen Maßnahme jeweils zu ermitteln ist, ist -- und nun kommt etwas für unsere Betrachtung Wesentliches -- im Rahmen des § 42 n StGB, also bei den Maßregeln der Sicherung und auch der Besserung ²³⁾, der auf jeden Fall zu verwirklichende Sicherungszweck. Im Rahmen des § 42 n hat also die erste Frage stets dahin zu lauten, ob die Allgemeinheit durch die Maßregel "a" oder durch die Maßregel "b" am wirksamsten geschützt ist. Kommt man zu dem Ergebnis, daß unter diesem Gesichtspunkt die Maßnahme "a" den Vorzug verdient, dann kann die zweite Frage nur noch dahin gehen, ob neben der -- auf jeden Fall anzuordnenden -- Maßregel "a" die Maßregel "b" noch zusätzlich erforderlich erscheint. Würde man -- logisch verfrüht, sogleich an die letztere Frage herausgehen, so käme man, da der Gesichtspunkt des größtmöglichen Schutzes der Allgemeinheit ja doch in Betracht gezogen werden muß, u.U. zu abweichenden Ergebnissen, je nachdem, von welcher Seite (Maßregel) aus man an die Lösung des Konkurrenzverhältnisses herangegangen war. Im Rahmen der Maßregeln der Sicherung und Besserung erscheint also der Sicherungszweck gewissermaßen als "Oberbegriff", als übergeordneter Zweck, der den Maßstab für die Bevorzugung der einen Maßregel vor der anderen stets unzweifelhaft abgibt. -- Im Verhältnis der Maßnahmen der "dritten Spur" zu den Maßregeln der Sicherung und Besserung ist die Rechtslage anders. Hier kommt dem Resozialisierungszweck der Auflage eine auch gegenüber dem Sicherungszweck der sichern- und bessernden Maßregel selbständige Funktion zu. Keines der beiden die jeweilige Reaktionsform beherrschenden kriminalpolitischen Prinzipien ist hier dem anderen nachgeordnet; der

23) Vgl. etwa RG HRR 1938 Nr. 771 (zu § 42 b), ferner B r u n s , a.a.O., 489 f. und JZ 1954, 732 mit Nachw.; Dallinger - L a c k n e r § 7 N. 6 zu BGH 4 StR 545/53 vom 22.10.1953, a.a.O.

Gesetzgeber hat hier zwei (wenigstens der Idee nach) voneinander unabhängige Reaktionswege ("Spuren") eröffnet. Dies bedeutet aber nicht weniger, als daß es im Verhältnis zwischen den sichernden und bessernden Maßregeln einerseits und den Auflagen andererseits an einem grundsätzlichen Maßstab fehlt, an dem im Einzelfalle der Primat der Maßregel oder aber der Auflage gemessen werden könnte 24) 25).

Dies bedeutet: Von der "zweiten Spur" aus gesehen, stellt sich die Frage der unter den beiden faktisch gleich, rechtlich aber verschieden wirkenden Maßnahmen im Einzelfall auszuwählenden grundsätzlich in erster Linie unter dem Gesichtspunkt des wirksamsten Schutzes der Allgemeinheit, von der "dritten Spur" aus v.a. unter dem der bestmöglichen Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft. Beide Zwecke laufen nicht immer unbedingt parallel. So würde etwa die Antwort auf die e r s t e der soeben gestellten Fragen lauten, die Allgemeinheit sei durch die unmittelbar wirkende, weil (wenn freilich auch grundsätzlich erst nach Rechtskraft des Urteils) vollstreckbare Anordnung der Unterbringung nach § 42 c StGB am wirksamsten geschützt; die Antwort auf die z w e i t e Frage ginge dagegen dahin, allein die den diskriminierenden Registereintrag nicht nach sich ziehende inhaltsgleiche Auflage biete die optimalen Wiedereingliederungschancen. So offenbart sich hier im Einzelfalle möglicherweise sogar eine Diskrepanz derart, daß ein und dieselbe Maßnahme, in das formal-juristische Gewand der einen "Spur" gekleidet, unter dem Gesichtspunkt des mit der anderen "Spur" 26) vorzugsweise zu verwirklichenden Zweckes geradezu als unerwünscht erscheint. Der Gesetzgeber hat diese Möglichkeit des Widerstreits der verschiedenen kriminalpolitischen Zwecke nicht gesehen; dem Gesetz ist daher eine Lösung nicht zu entnehmen. Sie muß aus allgemeinen Erwägungen gefunden werden. Nachdem eine Häufung der faktisch gleich wirkenden Rechtsfolgen nicht angängig ist, ein

24) Anders z.B. im Recht der Weisungen im Rahmen der Sicherungsaufsicht des E 1958 (Vorrang des Sicherungsgedankens) und im Jugendkriminalrecht (Vorrang des Erziehungsgedankens; vgl. dazu allerdings unten unter II 1 !).

25) Grundsätzlich anders als hier L a n g - H i n r i c h s e n , Gutachten, S. 89 u. passim; vgl. dazu v.a. oben im 1. Kap. !

26) Innerhalb deren sie a u c h angeordnet werden könnte!

Fall der Spezialität nicht vorliegt und die Lösung im Sinne einer Alternativität angesichts der formal-juristischen Verschiedenheiten der beiden Maßnahmeformen nach allgemein strafrechtlichen Grundsätzen nicht vorstellbar ist²⁷⁾, verbleibt die Möglichkeit der Annahme einer stillschweigenden Subsidiarität, die es nun teleologisch zu ermitteln gilt. Es ist daher zu fragen: Sollte durch die Neueinführung der Bewährungsauflagen nach § 24 StGB der bisherige Rechtszustand in Präventionsrecht dahin abgeändert worden sein, daß die Geltung der §§ 42 a ff., sofern sie mit § 24 I S. 1 konkurrierten, insoweit eingeschränkt wäre? Dafür findet sich im Gesetz kein Anhalt. Wir werden daher mit B r u n s²⁸⁾ einen Vorrang des Erziehungs-, Besserungs- und Resozialisierungszwecks vor den anderen Zwecken des Erwachsenenstrafrechts²⁹⁾ nicht anerkennen können. Dies wäre aber für die Annahme eines Primats der Auflagen notwendig, nachdem unter zwei Regelungen die jüngere nur dann die ältere verdrängen kann, wenn diese Lösung einer eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung entspricht. § 24 StGB ist daher im Sinne der von B r u n s³⁰⁾ vorgeschlagenen stillschweigenden Subsidiarität so zu interpretieren, daß diese Vorschrift dann n i c h t zum Zuge

27) Die Eigenart der Interessenlage, die im bürgerlichen Recht häufig eine Lösung der Konkurrenzfrage im Sinne der Wahlmöglichkeit unter den mehreren konkurrierenden Gesetzen (Anspruchsgrundlagen) erfordert (vgl. dazu Rudolf S c h m i d t. Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, München 1915, S. 82), besteht im Strafrecht nicht. Im übrigen kommen hier die formal-juristischen Verschiedenheiten der einzelnen Reaktionsformen doch wieder zum Tragen. Es kann nicht rechtens sein, daß es -- zur Lösung eines (zumindest anscheinend) gesetzestechnischen Konflikts -- etwa von der richterlichen Willkür abhängen sollte, ob der Verurteilte nach Ablauf der Sperrfrist des § 42 m III S.2 StGB sollte eine neue Fahrprüfung ablegen müssen oder aber nach Ablauf der gleichen Zeit seinen freiwillig hinterlegten Führerschein ohne weiteres wieder zurückerhalten.

28) GA 1959, 224; vgl. allerdings unten unter 2a !

29) Zur Behandlung dieser Frage im Jugendkriminalrecht sh. unten unter II.

30) a.a.O., 226 (zur Auflage der freiwilligen Hinterlegung des Führerscheins); vgl. auch schon GA 1956, 211 ff. Im Ergebnis ebenso L a n g - H i n r i c h s e n, Gutachten, S. 89.

kommen soll, wenn gleichzeitig die Voraussetzungen einer entsprechenden Maßregel der Sicherung oder Besserung vorliegen, und zwar selbst dann nicht, wenn sich die Anordnung der betreffenden Maßregel im Vergleich mit der inhaltsgleichen Auflage im Einzelfall geradezu als "teilweise resozialisierungsschädlich" auswirken sollte ³¹⁾.

2 a) Während sich hinsichtlich der Frage, wie im Falle des konkurrierenden Vorliegens der Voraussetzungen sowohl einer Maßregel der Sicherung und Besserung als auch einer Auflage zu verfahren ist, eine - im Ergebnis mit der hier vorgetragenen Auffassung übereinstimmende - allgemein herrschende Meinung herausgebildet hat ³²⁾, ist dies bei der für die Praxis noch wesentlich bedeutsameren umgekehrten Problemstellung nicht der Fall. Seitdem das OLG Hamm in mehreren verdienstvollen Entscheidungen zur Auflage des Berufsverbots ³³⁾ ³⁴⁾, der freiwilligen Hinterlegung des Führerscheins ³⁵⁾ ³⁶⁾ sowie zur Auflage einer Geldbuße zugunsten der Staatskasse ³⁷⁾ ³⁸⁾ oder der ratenweisen Zahlung der Verfahrenskosten ³⁸⁾ ³⁹⁾ entschieden hat, eine solche, im

-
- 31) Die Richtigkeit dieser Erwägungen wird indirekt bestätigt durch die Neuregelung des Maßregelrechts im E 1958. Danach kann bei begründeter Erwartung, daß auch eine entsprechende (weniger einschneidende) Bewährungsauflage das allgemeine Sicherungsbedürfnis befriedigen könnte, vom Vollzug der Unterbringung abgesehen werden. Durch die unbedingte Verhängung der Maßregel wird aber zum Ausdruck gebracht, daß dem Sicherungsbedürfnis der Allgemeinheit unter allen Umständen Rechnung getragen werden soll.
- 32) Im Erwachsenenstrafrecht ist die Subsidiarität der Auflagen unbestritten. Lediglich im Jugendkriminalrecht wird gelegentlich zu dieser Frage eine abweichende Auffassung vertreten. Dazu sh. unten unter II 1!
- 33) VRS 7,50 = NJW 1955,34.
- 34) Vgl. zu dieser Auflage ausführlich unten im 6. Kap., 2. Abschn. unter II!
- 35) VRS 10,49
- 36) Vgl. zu dieser u.ä. Auflagen ausführlich unten im 6. Kap., 5. Abschn. unter II!
- 37) MDR 1954,245
- 38) Vgl. näher unten im 6. Kap., 3. Abschn. unter II!
- 39) NJW 1956, 1887.

Urteil nicht getroffene und auch nicht aussprechbare Maßnahme könne auch nicht auf dem Umwege über die Auflagen nachgeholt werden, das laufe auf eine Gesetzesumgehung hinaus, war die zuerst von B r u n s ⁴⁰⁾ herausgearbeitete Problematik der "Sperrwirkung" der sichernden und bessernden Maßregeln bzw. der Geldstrafe zum festen Bestand der wohl diskutierten, aber bis heute unausgetragenen Probleme zu zählen. Es ist bezeichnend für den gegenwärtigen Stand der Diskussion, wenn führende Kommentare zum StGB etwa zur Frage der Zulässigkeit eines nach § 42 I nicht aussprechbaren, auflageweisen Berufsverbots ³⁴⁾ von der einen Auflage zur anderen ihre Auffassung gewechselt haben ⁴¹⁾, oder wenn in ein und demselben "Standardkommentar" zur StPO die Zulässigkeit des Berufsverbots ⁴²⁾ und der Auflage der Zahlung der Verfahrenskosten ⁴³⁾ an der einen Stelle von dem einen Bearbeiter bejaht, an einer anderen von dem anderen Bearbeiter verneint wird. Was heute überhaupt als gesicherte Erkenntnis in diesem Bereich gelten kann, ist die Selbstverständlichkeit, daß Bewährungsauflagen aller Art nur nach Maßgabe ihrer gesetzlichen Zwecksetzung verhängt werden dürfen.

Die in der Diskussion dieses Fragenbereichs aufgetauchten Argumente lassen sich etwa wie folgt zusammenfassen:
Nach der einen, heute vorzugsweise von B r u n s ⁴⁴⁾ vertretenen Auffassung darf sich eine Bewährungsauflage in keinem Falle so auswirken, daß sie im Ergebnis auf die in den §§ 42 a ff. StGB genannten Maßnahmen und damit auf eine Umgehung deren subtiler Voraussetzungen hinauslaufen würde. Die in dem Maßregelkatalog vorgesehenen Wirkungen sollen den Täter vielmehr nur dann

40) Zuerst in GA 1956, 212 ff.

41) J a g u s c h IM Nr. 3 zu § 24 StGB (zulässig) gegen LK § 24 Anm. 2; Kohlrausch - L a n g e, 42. Aufl. 1959, § 24 Anm. III 2 (zulässig) gegen Voraufgabe, a.a.O., Schwarz, StGB, 20.-22. Aufl., § 24 Anm. 1 A b (zulässig) gegen 19. Aufl., 1956, a.a.O. (unzulässig).

42) Für die Zulässigkeit der Auflage eines Berufsverbots K l e i n k n e c h t KM § 268 a Anm. 3a; dagegen offenbar M ü l l e r, a.a.O., § 305 a Anm. 3a.

43) Für die Zulässigkeit der Kostenaufgabe: M ü l l e r, a.a.O.; dagegen K l e i n k n e c h t, a.a.O.

44) V.a. GA 1959, 222 ff.; ferner NJW 1959, 1397 und schon GA 1956, 212 ff.

treffen, wenn auch die dort niedergelegten gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt seien. Ist dies nicht der Fall, dann sei der Täter regelmäßig auch "negativ abgeschirmt". Diskutieren lasse sich lediglich über die Frage, wie weit die abschließende und ausschließende Wirkung der §§ 42 a ff. StGB gehen solle. Demgegenüber geht eine vom Bundesgerichtshof in BGHSt. 9,258 zu der Frage des (Auflagen-)Berufsverbots eingeschlagene, in der theoretischen Begründung zunächst von J a g u s c h ⁴⁵⁾ näher präziisierte, heute auch im Schrifttum allgemein stark im Vordringen begriffene Auffassung dahin, im Rahmen des § 305 a StPO sei jede Auflage zulässig, bei welcher der Resozialisierungszweck ersichtlich im Vordergrund stehe, auch wenn sie die gesetzlichen Grenzen, die den Strafen und Maßregeln gezogen sind, überschreite. Dagegen habe sie sich innerhalb jener Grenzen zu halten, wenn ihr Sühne- (bzw. Sicherungs-)charakter überwiege, weil sie sonst auf eine Gesetzesumgehung hinauslaufe, selbst wenn keine solche gewollt sei. Dieser Abgrenzung hält neuerdings wiederum B r u n s ⁴⁶⁾ entgegen, sie sei "zu vage und nicht praktikabel". Denn wer könne schon genau abgrenzen, ob etwa ein Berufsverbot im Einzelfalle zur Sicherung oder zur Resozialisierung diene? Wenn schon die Grenzziehung, v.a. zur Maßregel, die ja ebenfalls die Resozialisierung des Täters anstrebt, überhaupt nicht rein durchführbar sei, so dürften schon in Anbetracht dieser Grundlage in die Möglichkeit der Feststellung des Überwiegens der einen Funktion vor der anderen im Einzelfall kaum Hoffnungen gesetzt werden. -- Soweit in etwa ⁴⁷⁾ der heutige Stand der Diskussion. Was ist nun aus den dargelegten Argumenten in grundsätzlicher Hinsicht zu entnehmen?

45) LM Nr. 3 zu § 24 StGB (=Anm. zu BGHSt 9,258).

46) GA 1959, insbes. 224.

47) In Wirklichkeit sind die Fronten doch wohl etwas elastischer, als es nach dem soeben gezeichneten, absichtlich etwas vergrößernden Bild scheinen möchte. So will offenbar auch B r u n s , a.a.O., 226 Anm. 81 für speziell gelagerte Einzelfälle doch Ausnahmen von dem Prinzip der "Sperrwirkung" zulassen. - Zum ganzen sh. insbes. unten am Ende dieses Abschnitts!

Die Problematik der "Sperrwirkung" ist eine spezifisch strafrechtliche. Sie basiert auf dem Satz "Nullum crimen, nulla poena sine lege" und wird erst durch ihn verständlich, hat also -- mag man nun eine "Sperrwirkung" der Strafen und Maßregeln im Ergebnis bejahen oder verneinen -- jedenfalls nicht eine kriminalpolitische, sondern die rechtsstaatliche Idee zum Ausgangspunkt, daß der Bürger vor gesetzlich nicht (genau) festgelegter Ausübung "strafender" Staatsgewalt geschützt sein soll. "Nulla poena sine lege", das bedeutet in erster Linie "Magna Charta", Garantiefunktion des Gesetzes, Ausschluß aller gesetzlich nicht vorgesehenen Maßnahmen. Und zwar besteht der Sinn dieser Freiheitsgarantie vor aller sonstigen in der politischen Funktion, den Bürgern vor gesetzlich nicht eindeutig festgelegten Übeln als solchen zu bewahren, mögen diese aus Sühne-, general- oder spezialpräventiven Gründen verhängt werden. Es liegt nahe, daß dieses so verstandene Prinzip "Nulla poena sine lege" nicht nur durch eine Generalklausel durchbrochen, sondern unter Umständen auch dadurch ausgehöhlt werden kann, daß ein und dieselbe Übelwirkung in der einen Kriminalrechts-"Spur" unter erschwerten, in der anderen unter erheblich erleichterten gesetzlich umschriebenen Voraussetzungen zur Anwendung gebracht werden soll. Insofern scheint allein die Lehre von B r u n s auf dem richtigen Wege zu sein. Auf der anderen Seite wäre aber erst einmal zu untersuchen, ob die "moderne" Gegenmeinung der herrschenden Lehre der Verfassungsforderung des Art. 103 II GG denn auch wirklich widerspricht. Dies scheint mir nicht der Fall zu sein. Denn die fraglichen, in ihrem Kern den Maßregeln der Sicherung und Besserung gleichenden Auflagen, haben ebenfalls in dem abschließenden Katalog des § 24 I S. 2 StGB eine gesetzliche Grundlage. Die Umschreibung der tatbestandlichen Voraussetzungen dahin, daß die Maßnahme erforderlich sei, um den Verurteilten zu einem gesetzmäßigen und geordneten Leben zu bringen, ist zwar nicht gerade sehr subtil und wird eine enorme Zahl von Anwendungsmöglichkeiten eröffnen; sie wird aber trotzdem auch vor dem Forum des Art. 103 II GG bestehen können, wie ja die Vereinbarung der "benannten" (!) Auflagen mit dieser Verfassungsbestimmung allgemein noch nie in Zweifel gezogen worden ist. Würden sich also die §§ 42 a ff. nicht im StGB finden, so wären die Auflagemöglichkeiten der einzelnen Nummern des § 24 I S. 2 StGB zweifelsfrei nur nach ihrem Sinn und Zweck

gesetzlich begrenzt, auch dann, wenn sie tatbestandlich nicht näher umschrieben wären, als dies nach der geltenden Regelung der Fall ist. -- Die hier zu entscheidende Frage kann daher nur so lauten, ob und gegebenenfalls welche Gründe es gibt, die ein "H i n ü b e r w i r k e n " der "Sperrwirkung" der "zweiten" in die "dritte Spur" erfordern.

Die Ansatzpunkte zur Entwirrung dieser im Schrifttum offensichtlich festgefahrenen Problematik liegen m.E. bereits in zwei Bemerkungen der markantesten Vertreter der widerstreitenden Auffassungen: So meint J a g u s c h ⁴²⁾, bei der problematischen -- nach seiner Auffassung im Ergebnis grundsätzlich zu bejahenden -- Frage der Zulässigkeit eines Berufsverbots im Auflagenwege handle es sich um ein "lehrreiches Beispiel für die Auflockerung des gesetzlich garantierten Strafen- und Maßregelsystems durch ein neuartiges spezialpräventives Element von großer Zukunftsbedeutung" ⁴⁸⁾. Demgegenüber betont B r u n s ⁴⁶⁾, dem Resozialisierungsgedanken dürfe nicht -- wie es mit dem Vorschlag von J a g u s c h verbunden sei -- der Vorrang vor den anderen Zwecken des Erwachsenenstrafrechts eingeräumt werden; die Abgrenzung müsse vielmehr "auch methodologisch anders, nämlich möglichst rechtsstaatlich-dogmatisch" vorgenommen werden. -- In diesen beiden Äußerungen spiegeln sich auf der einen Seite das Bestreben, durch ein immer mehr ausgeweitetes und verfeinertes Reaktionssystem in immer größerem Maße den kriminalpolitischen Bedürfnissen Rechnung zu tragen, auf der anderen Seite die Bedenken gegen eine weitere Auflockerung des tatspezifischen Schuld-Sühne-Strafrechts bis hin zu einem sozialen Schutzrecht im Sinne der Défense Sociale, wie sie mit besonderer Schärfe kürzlich von B a u m a n n ⁴⁹⁾ vorgetragen worden sind.

48) Diese -- wie sich im folgenden zeigen wird, ebenso hintergründige wie knappe -- Bemerkung wurde zwar auch von B r u n s GA 1959, 222 Anm. 59 a.E. beiläufig zitiert; es wurden jedoch keine weiteren Folgerungen daraus gezogen.

49) GA 1958, 193 ff.

Die r e c h t l i c h e Ausgangsfrage, deren Problematik in dem Satz "Nulla poena sine lege" beschlossen liegt, ist jeweils dieselbe; nur wird sie von zwei verschiedenen -- und zwar, wie es scheint, gleichermaßen k r i m i n a l p o l i t i s c h o r i e n t i e r t e n Seiten angegangen ⁵⁰⁾. Darin, und nicht in der "rechtsstaatlichen" oder "kriminalpolitischen" Art der Betrachtung, liegt m.E. die von B r u n s ⁴⁶⁾ wohl erkannte "methodische" Unterschiedlichkeit der beiden Auffassungen. Was bei J a g u s c h ⁴⁵⁾ noch eher als bei B r u n s ⁴⁶⁾, bei beiden aber viel zu wenig, im übrigen Schrifttum vielfach zu vage und in der einschlägigen Rechtsprechung überhaupt nicht in Erscheinung tritt, ist die Frage, die v o r den geschilderten Erörterungen eindeutig beantwortet sein muß: Ist nicht doch bereits dem G e s e t z eine (wenigstens mittelbare) Auskunft zu entnehmen? Diese Frage wird m.E. allenthalben viel zu rasch verneint ⁵¹⁾. Sicher -- und so viel ist B r u n s zuzugeben -- ist die Tatsache, daß das Gesetz einen V o r - rang des Resozialisierungsgedankens vor den anderen Zwecken des Erwachsenenstrafrechts, insbesondere auch vor dem Sicherungszweck, nicht anerkennt. Aber darum geht es hier ja eigentlich auch nicht. Daß die Maßregeln der Sicherung und Besserung im Falle auch des gleichzeitigen (konkurrierenden) Vorliegens der Voraussetzungen für eine Auflage vor dieser und ausschließlich zur Anwendung gelangen, ist bereits dargelegt; hier erhebt sich lediglich die Frage, ob das Gesetz de lege lata ein g l e i c h - rangiges Nebeneinander des Spezialpräventionsgedankens mit den übrigen Zwecken im Bereich des Maßnahmenrechts anerkennt, oder ob der Sicherungs- und Besserungszweck dem der Resozialisierung in der Weise "vorgehen" (!) soll, daß die Wirkungen der im Rahmen der §§ 42 a ff. StGB an sich möglichen Maßnahmen im Auflagenwege auch dann nicht zur

50) An dieser Stelle sollte man sich an die -- im Zusammenhang mit der Generalklausel-Problematik auf der Erlanger Tagung von Ministerialrat Dr. L a c k n e r geäußerte -- Warnung besinnen, "Vergelter" und "Spezialpräventionisten" sollten nicht beide ihre Argumente aus der Verfassung beziehen, um damit den eigenen k r i m i n a l p o l i t i s c h e n Standpunkt zu untermauern!

51) Als hierfür typisch kann etwa die Diskussion um die "Sperrwirkung" des § 42 m in DRiZ 1957, 140, 217, 306; 1958, 51 gelten.

52) Unter 1.

Anwendung kommen sollen, wenn die Voraussetzungen des § 24 I S.2 StGB gegeben sind. Das letztere ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Im Gegenteil, die Gesamtheit der gesetzlichen Indizien zur Lösung der vorliegenden Frage, wie ich sie schon oben in der Einleitung ⁵²⁾ zu dieser Arbeit aufgezeigt zu haben glaube, zwingt m.E. dazu, mit der "Dreispurigkeit" des modernen Kriminalrechts kriminalpolitisch und auch dogmatisch Ernst zu machen. Dann aber sind alle Erörterungen über eine "Sperrwirkung" der sichernden und bessernden Maßregeln in dem beschriebenen Sinne **a l l e n f a l l s d e l e g e f e r e n d a** von Bedeutung. Eine solche "Sperrwirkung" tritt vielmehr nur dann ein, wenn die betreffende Auflage im Einzelfalle tatsächlich "als Ersatz" für eine nicht aussprechbare Maßregel verhängt werden soll. Davon abgesehen aber ist -- entsprechend dem Vorschlag von J a g u s c h ⁴⁵⁾ -- grundsätzlich ungeachtet aller Nebenwirkungen jede Auflage als zulässig anzusehen, bei deren Anordnung die Wiedereingliederung ersichtlich im Vordergrund der Betrachtung steht. -- Für die Tatsache, daß das geltende Gesetz auch wirklich von dieser Grundlage ausgeht, spricht im übrigen auch die Stelle in der Amtl. Begründung zum E 1958 ⁵³⁾, in der es heißt, es sei nicht nötig, etwa die Ausgestaltung des Berufsverbots, die Betriebsschließung, die Entziehung von Berechtigungen oder die Auferlegung besonderer Pflichten als Sonderstrafen vorzusehen, weil derartige Rechtsfolgen, soweit für sie ein Bedürfnis bestehe, ihren Platz entweder im Maßregelsystem oder bei der Aussetzung zur Bewährung als Auflagen oder Weisungen finden müßten. Der E 1958 geht also der Idee nach offensichtlich von der "Austauschbarkeit der dogmatischen Etiketten" der einzelnen Maßregeln aus und dokumentiert so in der deutlichsten Form, daß er die drei "Spuren" des Kriminalrechts als gleichberechtigt nebeneinanderstehend ansieht. Dies bedeutet auf der einen Seite die zwingende Notwendigkeit einer Gleichbehandlung aller drei "Spuren" in rechtsstaatlicher Hinsicht ⁵⁴⁾, auf der anderen Seite aber dann auch ihre wechselseitige kriminalpolitische und dogmatische Unabhängigkeit voneinander. Einer solchen **g e s e t z g e b e r i s c h e n E n t s c h e i d u n g** aber müssen alle noch so begründeten -- im

53) a.a.O., S. 49.

54) So überzeugend B r u n s ZStrW 71, 239, ferner GA 1959, 208 f.u. Anm. 77.

letzten Grund aber kriminalpolitisch begründeten - Bedenken weichen.

Der schwerwiegende Einwand von B r u n s ⁴⁶⁾, die Abgrenzung im Einzelfall je nach dem angestrebten Sicherungs- bzw. Resozialisierungszweck sei, falls überhaupt, nur sehr schwer durchführbar, kann freilich im Grunde nicht ausgeräumt werden. Eine Abhilfe ist nur in der Weise denkbar, daß -- entsprechend dem Vorschlag von J a g u s c h ⁴⁵⁾ -- der Resozialisierungszweck bei der Auflage "ersichtlich" im Vordergrunde stehen muß, daß also keinerlei Zweifel möglich sein darf, ob die betreffende Auflage in dem betreffenden Einzelfall in Wahrheit nicht etwa doch als Ersatz der rechtlich nicht möglichen Sicherungsmaßregel angeordnet werden soll. Nur in einer so verstandenen "Subsidiarität" der Auflage, - wenn auch nicht notwendigerweise in einer absoluten "Sperrwirkung" der Maßregeln -, ist dem Satze "Nulla poena sine lege" in seiner aufgezeigten politischen Funktion der ganz allgemeinen Begrenzung der staatlichen "Strafmacht" genügt. In dieser Erkenntnis liegt auch der richtige und überaus bedeutsame Kern der Lehre von B r u n s , mag diese auch methodisch nicht voll zu überzeugen ⁵⁵⁾. -- Die Beantwortung der Frage, wie die Indizien denn beschaffen seien, anhand deren sich ein "zweifelsfreier" Vorrang des Resozialisierungsgedankens bei der Anordnung einer Maßnahme im Einzelfall feststellen lasse, würde allerdings zu weit in die Einzelheiten führen; sie muß daher dem 2. Hauptteil dieser Arbeit überlassen bleiben.

b) Die hier vorgeschlagene Methode einer teleologisch zu ermittelnden anstelle einer als von vornherein formal bestehend anzunehmenden "Sperrwirkung" der Maßregeln der Sicherung und Besserung führt insbesondere auch bei der Maßregelaussetzung allein zu befriedigenden Ergebnissen. Zwar wurde auch für diesen Bereich zunächst von J a g u s c h ⁵⁶⁾ und im Anschluß daran

55) B r u n s selbst hat ja betont, daß mit seinem Vorstoß in "dogmatisches Neuland" das letzte Wort noch nicht gesprochen sei (vgl. GA 1959, 194).

56) LK § 42 h Anm. 2. -- Angesichts der Anm. zu LM Nr. 3 zu § 24 StGB erscheint es jedoch sehr zweifelhaft, ob J a g u s c h diese seine Auffassung zu § 42 h StGB noch aufrechterhalten will.

von B r u n s ⁵⁷⁾ die These vertreten, das Gericht sei in der Auferlegung "besonderer Pflichten" frei und könne die Auflagen ergänzen und ändern, nur könne es nicht Auflagen machen, die als sichernde oder bessernde Maßregeln in § 42 a StGB aufgezählt sind. Dagegen gibt es jedoch folgendes zu bedenken: Bei Anordnung einer Maßregel der Sicherung oder Besserung sind bekanntermaßen die Gesichtspunkte des zuverlässigsten Schutzes der Allgemeinheit, der größtmöglichen Zweckmäßigkeit, der geringsten Beschwer des Angeklagten und endlich der Kosten zu berücksichtigen, und zwar in dieser Reihenfolge ⁵⁸⁾. Die Dauer einer Unterbringung ist nach § 42 f StGB grundsätzlich nur durch ihren Zweck begrenzt. Nun ist es unschwer denkbar, daß etwa die Gefährlichkeit eines Sicherungsverwahrten im Verlauf der Anstaltsunterbringung nach Art und Maß graduell abnimmt in der Weise, daß der Schutz der Allgemeinheit zwar die Unterbringung nicht mehr erfordert, eine Entlassung aber nur unter der Bedingung eines Berufsverbots verantwortet werden kann. Ein solches kann aber, nachdem es neben der zum Schutze der Allgemeinheit notwendigen Sicherungsverwahrung nicht als erforderlich erschien und deshalb nicht im Urteil angeordnet werden konnte, im Wege der Sicherungsmaßregel nach § 42 l StGB nicht mehr verhängt werden. Sollte nun eine bedingte Entlassung des Sicherungsverwahrten an der dogmatischen Unmöglichkeit der Anordnung der insoweit sicherlich "minder schweren" Maßnahme scheitern? Das würde nicht nur auf eine rechtsstaatliche Ungerechtigkeit nach dem Motto: "summum ius, summa iniuria" hinauslaufen, sondern auch dogmatisch nur schwer einzusehen sein. Denn durch die Anordnung des Berufsverbots -- sei es auch unter einer anderen rechtlichen Bezeichnung, ("in einer anderen Spur") -- wird ja letzten Endes doch nur ein Gesichtspunkt berücksichtigt, der auch bisher stets vorhanden und nur von einem anderen (nämlich dem einer noch umfassenderen Tätergefährlichkeit, der zur Anordnung der Sicherungsverwahrung geführt hat) überlagert

57) a.a.O., S. 225.

58) Vgl. etwa B r u n s JZ 1954, 731; ebenso Kohlrausch-Lange § 42 n Anm. I.

war⁵⁹⁾.

Diese Gedanken bedürfen freilich einer weiteren dogmatischen Verfeinerung. Ebenso wie der Gedanke der "Sperrwirkung", wie ausgeführt, letztlich auf dem Satz "Nulla poena sine lege" beruht, so muß auch seine Ablehnung mit den Forderungen dieses Verfassungsprinzips in Einklang gebracht werden können. Bei der Strafaussetzung zur Bewährung war dies durch den Hinweis auf die mit der kriminalpolitischen Neuorientierung des gesamten Erwachsenenstrafrechts verbundene Verselbständigung und Gleichberechtigung des Resozialisierungszwecks geschehen; hier kann es sich -- methodologisch anders -- nur um eine erneute Berücksichtigung des Maius-minus-Arguments handeln⁶⁰⁾⁶¹⁾. Das heißt: Die "ambulanten" Maßnahmen bedingen gegenüber den Unterbringungen einen im Sinne einer natürlichen Betrachtungsweise qualitativ schwächeren Eingriff in die Sozialkraft des

59) Vgl. hierzu die in dieser Hinsicht äußerst bemerkenswerten Ausführungen von B r u n s schon in ZStrW 60,483 Anm.23: "Schon hier aber leuchtet ein, daß es zum mindesten eine Zweckerweiterung des § 42 n darstellt, wenn die Häufung der Maßregeln nicht, wie vom Gesetz primär beabsichtigt (!), eine Doppelgefahr beseitigen, sondern ein Auswechseln der Maßregeln ermöglichen soll." -- Die Annahme einer solchen "Zweckerweiterung" des § 42 n erscheint heute, wenn man die Bedeutung des § 42 h richtig würdigt, wenigstens für die stationären aussetzungsfähigen Maßregeln nicht mehr erforderlich, noch weniger nach der künftigen Regelung im E 1958.

60) Vgl. schon oben im 1. Kap. unter III 1 b a.E., ferner im 2. Kap., Anm. 33.

61) Auch methodologisch anders: Denn kriminalpolitische Eigenständigkeit und Maius-minus-Verhältnis schließen einander begrifflich aus. Es wäre überhaupt zu erwägen, den Begriff der "dritten Spur" im Erwachsenenstrafrecht auch terminologisch auf die Auflagen bei der S t r a f - aussetzung zur Bewährung zu beschränken und die Auflagen bei der bedingten Maßregelaussetzung davon auszunehmen.

Täters ⁶²⁾. Der Verfassungssinn des Art. 103 II GG besteht aber, wie dargelegt ⁶⁰⁾, lediglich in der Ausschaltung einer ansonsten möglichen, ja unvermeidlichen "Willkür zu Ungunsten". Es hieße diesen Satz geradezu in sein Gegenteil verkehren, wollte man ihn als Garantie des Ausschlusses auch weniger schwerer Maßnahmen verstehen, wenn dadurch die Aufrechterhaltung der einschneidenderen bedingt wäre. Auf solchen Erwägungen beruht wohl auch die ausdrückliche Statuierung der den Maßregeln der §§ 42 l und m StGB in ihrer faktischen Wirkung gleichenden Berufs- und Kraftfahrzeughalte- und Führverbote in § 102 Nr. 5 und 7 des E 1958 ⁶³⁾.

Die Problematik der "Sperrwirkung" im Bereich der Maßregelaussetzung ist damit freilich noch nicht erschöpft. Denn die Fälle, in denen das Maius-minus-Argument zutrifft, sind in diesem Bereich eher die Ausnahme; im Grundsätzlichen besteht zwischen den Maßregeln der Sicherung und Besserung -- und folglich auch zwischen diesen und den hier interessierenden "inhaltsgleichen" Auflagen -- kein gesetzliches Rang- oder Schwerkverhältnis ⁶⁴⁾. In diesen Fällen zwingt die Verfassungsgarantie des Art. 103 II GG zwar nicht dazu, insoweit eine grundsätzliche "Sperrwirkung" anzunehmen, wohl aber wird zu fordern sein, daß die Wirkung nur solcher Maßnahmen im Auflagenwege zur Geltung gebracht werden darf, die für den Betroffenen im E i n z e l f a l l eine "geringere Belastung" darstellen. So ist z.B. denkbar, im Einzelfall eine Unterbringung in der Heil- oder Pflegeanstalt nach § 42 b StGB unter der Auflage auszusetzen, sich für

62) Vgl. etwa die parallellaufende Regelung im Recht der Untersuchungshaft (§ 117 StPO n.F.) und der Auslieferungshaft (§ 16 DAG; dazu OLG Hamm NJW 1958, 2031), wonach der Beschuldigte vom Vollzug der Haft auf Grund von Maßnahmen verschont werden kann, welche die Fluchtgefahr erheblich zu mindern geeignet sind. - Vgl. dazu auch B r u n s GA 1959, 207 Anm. 74.

63) = § 100 der überarbeiteten Fassung des BMJ (1959)

64) Vgl. nur B r u n s ZStrW 60, 492 ff., 494; JZ 1954, 732 und ferner ZStrW 71, 235 m. Nachw.

bestimmte oder auch unbestimmte ⁶⁵⁾ Zeit in eine Trinkerheilanstalt zu begeben. ⁶⁶⁾ Nur unter dieser Voraussetzung, daß bei der Maßregelaussetzung die "maßregelähnliche" Auflage für den Betroffenen jedenfalls nicht schwerer sein darf als die ausgesetzte Maßregel, kann schließlich auch der auf dem Maius-minus-Argument basierende Kompromißvorschlag im Sinne der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Pflichten-General-klausel ⁶⁰⁾ aufrechterhalten werden.

II.

Die systematische Einordnung der "dreispurigen" Reaktion bedarf im J u g e n d k r i m i n a l r e c h t gesonderter Betrachtung, nachdem es sich hier um ein völlig eigenständiges System von Rechtsfolgen handelt, dessen drei "Spuren" ⁶⁷⁾ mit denen des Erwachsenenstrafrechts wohl nur äußerlich vergleichbar sind ⁶⁸⁾.

1.) Zuerst ist das Verhältnis der "Weisungen" nach § 10 JGG (und entsprechend der "besonderen Pflichten" nach § 15 zu der

-
- 65) Die Fristen des § 42 f III StGB außer acht zu lassen, erscheint m.E. in diesem Falle aus dem Grunde gerechtfertigt, weil dem Täter -- anders als bei der gleich im Urteil getroffenen Anordnung einer Unterbringung in der Trinkerheilanstalt etc. -- durch die auflagenweise Unterbringung gegenüber der ausgesetzten eine echte (auch faktische!) Vergünstigung gewährt werden soll.
- 66) Vgl. in diesem Zusammenhang etwa BGHSt. 5, 313 mit krit. Anm. B r u n s JZ 1954, 730 ff. -- Im übrigen sh. zum grundsätzlichen Verfahren in solchen Fällen B r u n s ZStrW 60, 510 ff. u. JZ 1954, 736 unter Berufung auf O e t k e r JW 1935, 1417.
- 67) Von den "Weisungen" des Jugendkriminalrechts als einer "vierten Spur des Kriminalrechts" zu sprechen, wie es B r u n s GA 1959, 200 Anm. 28 vorschlägt, erscheint m.E. wenig sachangemessen.
- 68) So besonders deutlich etwa Dallinger - L a c k n e r Einf. 19; § 5 N. 5.

einzigsten Strafsanktion des Jugendkriminalrechts, der Jugendstrafe, zu untersuchen. Zu diesem Thema liegen, soweit ersichtlich, irgendwelche Forschungen bisher noch nicht vor. Lediglich S c h a f f s t e i n ⁶⁹⁾ betont neuerdings, man müsse Weisungen als unzulässig ansehen, die dem Betroffenen ein Übel aufbürden würden, das (sc. bei aller "tatadäquaten Erziehungsbedürftigkeit") außer jedem Verhältnis zu der nach den allgemeinen Vorschriften angedrohten Strafe stehe, wie z.B. harte Arbeitsauflagen bei bloßer Übertretung. Solche Weisungen verstießen gegen den Grundsatz "Nulla poena sine lege", der durch die Weisungen nicht umgangen werden dürfe. -- So einleuchtend diese These klingt, so wenig versteht sie sich von selbst. Sind doch die Strafraumen des allgemeinen Strafrechts auch bei gegebener "Strafwürdigkeit" einer Jugendstraftat für die Bemessung der artverschiedenen J u g e n d s t r a f e ohne jegliche Bedeutung. So tritt nach heute h.M. der Schuldgrundsatz, im Erwachsenenrecht das oberste Strafzumessungsprinzip ⁷⁰⁾, im Jugendkriminalrecht völlig hinter der Regelung des § 18 II JGG zurück, wonach allein die Erziehungsbedürftigkeit des Täters das Strafmaß bestimmt ⁷¹⁾. Dies kann, darf man der jüngsten Entscheidung des LG Hamburg ⁷²⁾ folgen, u.U. dazu führen, daß bei einer bloßen Übertretung wie bei einem "Mundraub" nach § 370 I Nr. 5 StGB eine langdauernde Jugendstrafe verhängt werden muß, falls schädliche Neigungen vorliegen, die Straftat mit diesen in engem Zusammenhang steht und ein längerer Zeitraum erforderlich ist, um den auf dem Wege zum Asozialen und zum Berufsverbrecher befindlichen jungen Menschen durch eine straffe Erziehung im Strafvollzug zu einer geordneten Lebensführung zu bringen. Die Strafe des Jugendkriminalrechts ist also keine Schuld-, sondern eine "Erziehungsstrafe", mehr eine -- wie es L u t h e r ⁷³⁾ überspitzt formuliert hat -- "mit Strafcharakter ausgestattete Erziehungsmaßregel". Daraus folgt auf der anderen Seite auch, daß bei der Bemessung der Jugendstrafe im Einzelfalle das Maß der

69) Jugendstrafrecht, S. 71

70) Vgl. § 2 E 1958!

71) Vgl. hierzu zuletzt P o t r y k u s RdJ 1959, 65 f.

72) MDR 1959, 511

73) ZStrW 70, 97

Schuld (freilich nur bis zu der Sechsmonatsgrenze des § 17 JGG) grundsätzlich auch unterschritten werden darf, wenn dies zur Erziehung des Jugendlichen dienlich erscheint. Was die Jugendstrafe heute von den Erziehungsmaßnahmen im engeren Sinne unterscheidet, ist nicht mehr so sehr der Übelscharakter der Maßnahme als vielmehr die sittliche Mißbilligung der Tat, die sich vorzugsweise in den strafspezifischen "Fernwirkungen" der Registerpflicht, der Rückfallbegründung u.s.w. äußert. Nachdem diese "Fernwirkungen" der Strafe nun durch die "Weisungen" in keinem Falle erzielt werden können, die Strafsanktion aber im Jugendkriminalrecht durchaus nicht immer unter dem Gesichtspunkt des gewollten Übels im Sinne einer Tatvergeltung zu begreifen ist, sondern sich u.U. auch als (gemessen an der Schuld des jugendlichen Täters) unverhältnismässig milde darstellt, wird man entgegen S c h a f f s t e i n ⁶⁹⁾ den Grund für die etwaige Unzulässigkeit unverhältnismässig harter Weisungen nicht in einer "Sperrwirkung" der Strafe und schon gar nicht der Strafrahmen des Erwachsenenstrafrechts sehen dürfen ⁷⁴⁾, sondern im Einzelfalle höchstens in der von H e l l m e r herausgearbeiteten Notwendigkeit des rechten Verhältnisses zwischen staatlicher Reaktion und "objektiver Tatschwere" unter dem Gesichtspunkt des Art. 6 GG ⁷⁵⁾, das kraft verfassungsgesetzgeberischer Entscheidung nur in dem Falle gesteigerter Tätergefährlichkeit, m.a.W. beim Vorliegen "schädlicher Neigungen" verlassen werden darf.

74) Die Unzulässigkeit einer strafanstaltsähnlichen Unterbringung des jugendlichen Täters folgt hingegen bereits aus der gesetzlichen Regelung. Insoweit hat der Gesetzgeber eindeutig zu erkennen gegeben, daß er diese qualitativ andere (nicht unbedingt stets einschneidendere) Wirkung ausschließlich im Falle des § 17 JGG, d.h. beim Vorliegen "schädlicher Neigungen", zur Geltung gebracht wissen will. Entsprechend darf die Einrichtung des Jugendarrestes nicht auf diese Weise ad absurdum geführt werden.

75) Vgl. dazu oben im 1. Kap. unter III B 1.

2.) Die Abgrenzung zwischen den "Weisungen" nach § 10 und den "besonderen Pflichten" nach § 15 JGG ist im Schrifttum seit langem umstritten, ohne daß bisher eine restlos befriedigende Lösung dieses Problems gefunden worden wäre. Eine solche Abgrenzung ist deshalb notwendig, weil die "besonderen Pflichten" als "Zuchtmittel" der Sühne dienen (§ 13 JGG), die dagegen bei den "Weisungen" als "Erziehungsmaßregeln" völlig zurücktreten soll. Die optimistische Auffassung des Schriftlichen Berichts zum JGG ⁷⁶⁾, der diese Abgrenzung mit der Einführung eines abschließenden Katalogs in § 15 im Gegensatz zu der Generalklausel in § 10 JGG bereits als erreicht ansah, wird allerdings heute von niemandem mehr geteilt. - Auf die Problematik dieser Abgrenzung als erster aufmerksam gemacht zu haben, ist wohl das Verdienst von G ö b e l ⁷⁷⁾. Nach seiner Auffassung ist die Grenze der "Weisungen" dort aufgerichtet, wo die Weisung wegen ihres tatvergeltenden Inhalts dem Zuchtmitteltypus "Auferlegung besonderer Pflichten" zugeordnet werden müsse. Einer jugendrichterlichen Weisung dürfe daher kein repressiver Charakter anhaften. Diese These ist wohl zu Recht allgemein auf Ablehnung gestoßen. Die heute herrschende Meinung geht dahin, die Trennung zwischen den Maßnahmen nach § 10 und denen nach § 15 JGG sei zwar systematisch, nicht jedoch sachlich stets mit überzeugender Schärfe durchführbar; die "Weisungen" bräuchten sich nicht jedes repressiven Charakters zu enthalten, die außerhalb des primären Erziehungszweckes liegenden Nebenzwecke dürften aber für die Erteilung einer "Weisung" nicht den Ausschlag geben ⁷⁸⁾.

Damit sind wir bei der Formel angelangt, mit der sich im Erwachsenenstrafrecht die Abgrenzung der Auflagen nach § 24 StGB von den Maßregeln der Sicherung und Besserung begnügen mußte.

76) a.a.O., S. 3 bei Dallinger-Lackner § 10 N. 1.

77) NJW 1954, 15 f.

78) Vgl. Dallinger - Lackner § 9 N. 2; Grethlein § 9 Anm. 4b; Jagusch LK § 10 JGG Anm. 3; § 15 JGG Anm. 3; Maurach I S. 706; Potrykus NJW 1954, 821; UJ 1954, 440 f.; RdJ 1955, 145; JGG, § 13 Bem. 2; Schaffstein, Jugendstrafrecht, S. 72; ferner K.F.W. Müller RdJ 1955, 144 und endlich Bruns GA 1956, 212; 1959, 200 Anm. 28

Dies war dort aus dem Grunde möglich, weil der Gesetzgeber mit den Auflagen eine neue, "dritte Spur" eröffnet und in ihren Voraussetzungen von der "zweiten" unabhängig ausgestaltet wissen wollte. Im Verhältnis der "Weisungen und "besonderen Pflichten" des Jugendkriminalrechts handelt es sich dagegen, wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, zwar um zwei in den Einzelheiten der gesetzlichen Regelung selbständig ausgeformte Kategorien ⁷⁹⁾, jedoch gehören diese, bildlich gesprochen, d e r s e l b e n " S p u r " an. Danach scheint es notwendig und auch möglich zu sein, die beiden Typen von Reaktionsmitteln genauer voneinander abzugrenzen. Nach der Subsidiaritätsregelung des § 5 JGG liegt eine Abgrenzung in der Richtung nahe, daß die "Weisungen" als "Erziehungsmaßregeln" der Bekämpfung der leichteren Kriminalität dienen sollten, während die "besonderen Pflichten" als ahndende "Zuchtmittel" für Taten mit erhöhter "objektiver Tatschwere" im Sinne H e l l m e r s ⁸⁰⁾ vorbehalten zu sein scheinen ⁸¹⁾. Bei näherem Zusehen erweist sich jedoch auch dieser Abgrenzungsversuch als wenig überzeugend. Denn was für die Steigerung Erziehungsmaßregeln - Zuchtmittel - Jugendstrafe gilt, das läßt sich noch nicht ohne weiteres auf die rechtliche Einstufung des Begriffspaares "Weisungen" - "besondere Pflichten" übertragen. Denn die "besonderen Pflichten" entsprechen im Gegensatz zu den "Weisungen" nicht voll dem Leitbild des Reaktionstypus, dem sie vom Gesetz zugeordnet worden sind. Ebenso wie sich unter den vorzugsweise durch die "Weisungen" charakterisierten Erziehungsmaßregeln etwa die Fürsorgeerziehung als atypisch heraushebt, so liegt der Regelung des

79) So sind nach h.M. nur "Weisungen", nicht aber "besondere Pflichten" abänderbar, nachdem § 15 III nur den Abs. 2 des § 11 für anwendbar erklärt, nicht auch den Abs. 1 jener Vorschrift (vgl. P o t r y k u s , JGG, § 11 Bem. 2; § 15 Bem. 4). Dagegen können die Reaktionsmittel beider Kategorien, sofern sie als Bewährungsaufgaben verhängt werden, gleichermaßen abgeändert werden, wie sich aus § 23 S. 3 JGG ergibt.

80) Sh. dazu oben im 1. Kap. unter III B 1!

81) Ähnlich wohl H e l l m e r , Erziehung und Strafe, S. 206 ff., insbes. S. 208, 212.

§ 5 JGG, soweit sie sich mit den Zuchtmitteln befaßt, mehr der Gedanke an den Jugendarrest als an die "besonderen Pflichten" zugrunde. Auf diese Erwägung läuft im übrigen auch die von S c h a f f s t e i n ⁸²⁾ im Anschluß an M i d d e n d o r f f ⁸³⁾ der gesetzlichen Dreiteilung der jugendkriminalrechtlichen Reaktionsmittel entgegengestellte Vierteilung in ambulante Maßnahmen, d.h. Weisungen und (!) Pflichten, Jugendarrest, Fürsorgeerziehung und Jugendstrafe hinaus. Dies alles spricht dafür, daß es sich bei der Trennung zwischen den "Weisungen" und "besonderen Pflichten" lediglich um eine rein formale, gesetzestechnische Unterscheidung handelt ⁸⁴⁾.

Einen bemerkenswerten, merkwürdigerweise allein von B u r k h a r d t ⁸⁵⁾ neuerdings aufgegriffenen Beitrag zur Lösung dieser Problematik gab demgegenüber schon vor einigen Jahren V i n s ⁸⁶⁾. Seine Argumentation läßt sich etwa dahin zusammenfassen: Die "besonderen Pflichten" des § 15 JGG seien, wie auch die Regelung im RJGG 1923 beweise, begrifflich in Wirklichkeit keine "Zuchtmittel", sondern Erziehungsmaßregeln. Insoweit stimmt V i n s mit der herrschenden Lehre überein, über deren Ergebnisse er aber mit der folgenden Analyse der drei Nummern des § 15 I JGG hinausgeht: So sei die Wiedergutmachung keine echte "Ahndung", und noch weniger die Abbitte: Diese "Pflichten" seien nichts anderes als die Einlösung einer sittlichen Verpflichtung, nicht mehr und nicht weniger. Ebenso bestehe der Sinn des Geldopfers an eine gemeinnützige Einrichtung in der Erfüllung einer sittlichen Pflicht, indem nämlich der Übeltäter zum Dank für die ihm gewährte Hilfe und Milde ein Opfer bringe zugunsten derer, die ihre helfende Hand anderen Jungen und Mädchen in ähnlicher Lage reichten. Daraus folgt

82) Referat, S. 26 ff.

83) Jugendkriminologie, S. 215 ff.

84) So besonders scharf P o t r y k u s, JGG, § 13 Nr. 2 und NJW 1954, 821. In der Sache läuft die Auffassung der in Anm. 78 Genannten auf dasselbe hinaus.

85) RdJ 1959, 180 f.

86) UJ 1955, 97 ff., insbes. 101 f.

nun V i n s , daß die "Pflichten" im Gegensatz zu den "Weisungen" einen Vorstoß in das allgemein Sittliche hinein bedeuteten. Unter diesen Umständen sei es von entscheidender Bedeutung, daß der Katalog des § 15 I abschließend gefaßt sei. Denn damit gebe das Gesetz zu erkennen, daß es "nicht wünscht und verbietet, daß der Richter sich aus eigener Legitimation weiter in den Bereich des Sittlichen, des rein Pädagogischen oder gar des Seelsorgerischen vorwagt", wenn er als Jugendrichter ein Urteil zu fällen habe. Wäre die Abgrenzung von V i n s richtig, so wären nicht nur die Weisung, das Grab des durch den Leichtsinns des Täters verunglückten Freundes zu schmücken oder anderen Menschen irgendeine Freude zu bereiten ⁸⁷⁾ unzulässig, sondern dann müßte etwa auch der Besinnungsaufsatz in jeder Form ausscheiden ⁸⁸⁾. Aber das Gesetz ordnet sich, wie mir scheint, dieser bestechenden Gedankenführung nicht recht unter. Denn mit einer ähnlichen Begründung, wie sie V i n s für die Spendenauflage des § 15 I Nr. 3 JGG gibt, und m.E. mit noch größerer innerer Berechtigung, ließen sich etwa die Weisungen, bei einer Familie zu wohnen oder den Verkehr mit bestimmten Personen zu unterlassen, als im Bereich des Sittlichen verankert erklären. Nichtsdestoweniger sind diese "Weisungen" in § 10 I Nr. 2 und 5 JGG als ausdrücklich zulässig aufgeführt. Das Gesetz geht bei seiner Abgrenzung offensichtlich der Idee nach in erster Linie von der äußeren Übelwirkung aus, die für die Maßnahmen des § 15 I charakteristisch ist, wenn sie auch von den "Weisungen" u.U. erreicht werden kann. Dann aber handelt es sich bei dem Vorschlag von V i n s nicht um eine zulässige systematische Interpretation, sondern um eine unzulässige systematische Korrektur des "schlechten" Gesetzes. Es muß daher wohl, so bedauerlich dies für eine systematische Betrachtung sein mag, bei der vagen Abgrenzung nach dem vorzugsweise repressiven oder nicht repressiven Charakter der Maßnahme bleiben, und auch die Formulierung, es gehe bei den "besonderen Pflichten" um die Repression einer Fehl - l e i - s t u n g , bei den "Weisungen" um die einer Fehl - h a l - t u n g ⁸⁹⁾ besagt im Grunde nichts anderes.

87) Vgl. hierzu unter dem Gesichtspunkt des Art. 1 I oben im 2. Kap. unter II A 2a!

88) So auch ausdrücklich V i n s , a.a.O., 102

89) H i n r i c h s e n RdJ 1954, 316

3.) Die Untersuchung des Verhältnisses der jugendrichterlichen Weisung zu der "inhaltsgleichen" bzw. "inhaltsähnlichen" Maßregel der Sicherung und Besserung hat von der Spezialvorschrift des § 7 JGG auszugehen. Diese wirkt sich in zweifacher Hinsicht aus:

a) Im Falle des gleichzeitigen (konkurrierenden) Vorliegens der Voraussetzungen für eine Sicherungsmaßregel und eine Weisung bzw. Bewährungsauflage, z.B. die Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 42 m StGB und die Auflage der freiwilligen Hinterlegung des Führerscheins, trat im Erwachsenenstrafrecht die mögliche Auflage hinter der stets anzuordnenden Maßregel in jedem Falle zurück, und zwar auch dann, wenn die "diskriminierende" Sicherungsmaßregel, verglichen mit der entsprechenden Auflage, unter den gegebenen Umständen geradezu als eine die Wiedereingliederung des Verurteilten hemmende Maßnahme erscheinen mußte. Dies fand seine Rechtfertigung darin, daß der Zweck der Sicherung neben dem der Resozialisierung als gleichberechtigt auch weiterhin bestehen bleibt, ein Vorrang des letzteren jedenfalls nicht anzuerkennen ist. Sollte sich in dem immerhin in ganz anderem Maße vom Erziehungsgedanken beherrschten Jugendkriminalrecht in dieser Hinsicht eine Abweichung ergeben? Dagegen spricht § 7 JGG. In dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß er, eben mit Rücksicht auf die erzieherischen Belange des Jugendlichen, keine anderen ausgliedernden Maßnahmen zulassen will als die dort genannten. Dann muß aber auch umgekehrt gelten, daß diese, falls ihre Voraussetzungen gegeben sind, unbedingt zum Zuge kommen sollen. Dies leuchtet angesichts des Sicherungsbedürfnisses der Allgemeinheit im Falle der §§ 42 m StGB, 7 JGG ohne weiteres ein - auch gegenüber dem Erziehungsinteresse des

jugendlichen Täters, dem persönlich vielleicht durch die weniger diskriminierende Weisung der Führerscheinhinterlegung besser gedient sein könnte. Aber auch für die Maßregel der Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt nach den §§ 42 b StGB, 7 JGG kann nichts anderes gelten. Denn indem das Gesetz in § 7 JGG diese Maßnahme, durch die der Wille des Jugendlichen zu einem selbständigen und selbstverantwortlichen Leben leicht endgültig gebrochen werden kann, überhaupt zuläßt, gibt es damit zu erkennen, daß es sie in den Fällen, in denen es keinen anderen Ausweg gibt, um die Gefährlichkeit des jugendlichen Täters zu beseitigen und eine sachgemäße Heilbehandlung und Pflege sicherzustellen, auch unbedingt durchgeführt wissen will ⁹⁰⁾. Im Jugendkriminalrecht gilt daher grundsätzlich nichts anderes als im Erwachsenenstrafrecht: Wann immer die Voraussetzungen für die Anordnung einer Maßregel der Sicherung und Besserung vorliegen, so muß diese verhängt werden, mag sie sich im Einzelfalle auch vom erzieherischen Standpunkt aus weniger günstig auswirken als eine ebenfalls mögliche inhaltsgleiche Weisung ⁹¹⁾.

90) Vgl. BGH 3 StR 460/54 vom 21. 4. 1955 bei Dallinger - Lackner § 7 N. 6.

91) Der offenbar abweichenden Auffassung von Potrykus MDR 1955,73 f. und JGG, § 7 Bem. 4 kann nicht beige- pflichtet werden, noch weniger der Argumentation von Messerer UJ 1955,133, der offenbar prozeßökono- mische Gründe (mangelnde Zuständigkeit des Jugendrichters für Maßnahmen nach § 7 JGG) für seine Auffassung anführt.

b) Von § 7 JGG hat auch die Lösung der noch recht ungeklärten Frage auszugehen, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen im Jugendkriminalrecht anstelle einer durch Urteil nicht aussprechbaren Maßregel der Sicherung und Besserung deren Wirkung durch eine inhaltsgleiche Weisung erzielt werden darf. Dabei ist zu unterscheiden zwischen den beiden in § 7 JGG aufgeführten und den infolge der Ausschlußwirkung dieser Vorschrift im Jugendkriminalrecht nicht zulässigen Maßregeln. Soweit die Entziehung der Fahrerlaubnis und auch die Maßregel der Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt zur Debatte stehen, wird das zu der entsprechenden Problemstellung im Erwachsenenrecht Ausgeführte⁹²⁾ nur noch in verstärktem Maße gelten. Stellte sich dort der Resozialisierungsgedanke gleich - berechtigt neben den Sicherungszweck, so ist hier der Erziehungszweck der unbestreitbar allein dominierende. Die Wirkungen der beiden in § 7 JGG aufgeführten Maßnahmen können daher beim Fehlen der Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsmaßregel auch im Wege der Weisung zur Geltung gebracht werden, sofern nur ein etwa bestehender Sicherungszweck offenbar überwiegendes Erziehungsinteresse vorliegt. Dies wird,

92) Vgl. oben unter I 2 a!

wie die Erfahrung gezeigt hat, v.a. bei Kraftfahrzeugverboten in jeglicher Form sehr häufig der Fall sein. - Hinsichtlich der in § 7 JGG als Maßregeln der Sicherung und Besserung *n i c h t* zugelassenen Maßnahmen ist zu unterscheiden, ob diese Maßnahmen damit für den ganzen Bereich des Jugendkriminalrechts überhaupt ausgeschlossen sein sollten, oder ob sie das Gesetz nur als ausgliedernde Maßnahmen zur Sicherung der Allgemeinheit, nicht dagegen ohne weiteres auch als eingliedernde, erziehende Maßnahmen ausgeschaltet wissen wollte. Es muß m.a.W. die Frage gestellt werden, ob und bei welchen Maßnahmen deren Wirkung (auch) als überwiegend erziehliche denkbar ist oder nicht. Bei zwei Maßregeln ist dies zweifelsfrei nicht der Fall: bei der Sicherungsverwahrung und bei der Unterbringung in einem Arbeitshaus. Daß diese beiden Maßnahmen nicht in den Katalog des § 7 JGG aufgenommen worden sind, hat seinen offensichtlichen Grund darin, daß der straffällig gewordene Jugendliche unter keinen Umständen mit kriminellen oder auch nur asozialen Elementen zusammengeführt werden soll ⁹³⁾. Diese beiden Maßnahmen sind ohne jeden Zweifel nicht jugendgemäß und daher absolut erziehungsuntauglich. Die übrigen in dem Katalog des § 7 JGG nicht genannten Maßregeln sind hingegen unter den Voraussetzungen des § 10 I S. 1 JGG als "Weisungen" möglich; eine "Sperrwirkung" der §§ 42 a ff. StGB, 7 JGG besteht insoweit nicht ⁹⁴⁾, wie im Erwachsenenrecht, eher hier noch in verstärktem Maße, ist jedoch bei Erteilung einer "Weisung" stets zu beachten, daß diese, wenn sich die Kriminalrechtzwecke schon nicht sauber trennen lassen, offensichtlich überwiegend der Erziehung des Jugendlichen dienen muß und unter keinen Umständen auf diesem Umweg in Wirklichkeit als Ersatz der generell oder im konkreten Fall rechtlich nicht möglichen Maßregel der Sicherung und Besserung angeordnet werden darf.

93) Wie ja auch die Jugendstrafe in eigenen Jugendstrafanstalten vollstreckt wird.

94) Dies gilt insbesondere auch von der Weisung des Berufsverbots, die entgegen *S c h a f f s t e i n*, Jugendstrafrecht, S. 71 grundsätzlich als zulässig angesehen werden muß.

4. K a p i t e l

Gesetzwidrigkeit und Unzumutbarkeit von Auflagen.
Zugleich ein Versuch der inhaltlichen und methodi-
schen Präzisierung des Begriffs der "einschneiden-
den Unzumutbarkeit".

(§§ 305 a I S. 2, 453 III S. 2 StPO).

Nach diesen grundsätzlichen Erörterungen der Verfassungs-
mäßigkeit der Rechtsgrundlage und der verfassungsrechtlichen
Zulässigkeitsgrenzen zur Frage der direkten sowie der Proble-
matik der "Sperrwirkung" der übrigen kriminalrechtlichen Sank-
tionen zur Frage der indirekten "Gesetzwidrigkeit" der Auflagen
erscheint es angebracht, kurz auf den anderen in den §§ 305 a I
S. 2, 453 III S. 2 StPO aufgeführten Beschwerdegrund einzugehen.
Danach ist eine Auflage auch dann unzulässig, wenn sie einen
"einschneidenden, unzumutbaren Eingriff in die Lebensführung
des Verurteilten" enthält. Die alternative Fassung der genann-
ten Gesetzesvorschriften legt dabei die Annahme nahe, daß es
sich hierbei um einen eigenen, begrifflich selbständigen Auf-
hebungsgrund für Bewährungsauflagen neben dem der "Gesetz-
widrigkeit" handle. Worin besteht nun diese "einschneidende
Unzumutbarkeit"?

Eine abschließende Klärung der methodischen Fragen, die
sich bei einem Vergleich der im Schrifttum bisher vorgeschlage-
nen Begriffsbestimmungen sofort ergeben werden, ist wohl noch nicht
versucht worden. Im folgenden soll zunächst eine kurze Über-
sicht über diese gegeben werden. -- Nach J a g u s c h ¹⁾ sind
"unzumutbar" Auflagen, die den Verurteilten an der Wahrnehmung
günstigerer Ausbildungs- oder Arbeitsmöglichkeiten hindern
würden; diese seien daher in § 24 II S. 2 StGB ausdrücklich

1) LK § 24 Anm. 2

untersagt. Der Fall des § 24 II S. 2 dürfte aber, wie aus der Kritik von S c h r ö d e r ²⁾ an der Entscheidung des LG Rottweil ³⁾ erhellt, nur als beispielhafter Unterfall der "einschneidenden Unzumutbarkeit" aufzufassen sein. Als Unterfall dieses Begriffs schien S c h r ö d e r ⁴⁾ und scheint neuerdings S t r e e ⁵⁾ zunächst auch die Verletzung der in Art. 1 I GG als unantastbar garantierten Menschenwürde aufzufassen, sei es in Gestalt der Auflage, den § 1 StVO hundertmal abzuschreiben, sich einer gefährlichen ärztlichen Behandlung oder Kur zu unterziehen, die Mutter des eigenen unehelichen Kindes zu heiraten oder die Heirat einer bestimmten Person zu unterlassen usw. D ü r i g ⁶⁾ wiederum interpretiert den Begriff der "einschneidenden Unzumutbarkeit" dahin, das Verbot unzumutbarer Auflagen wurzle letztlich (stets ⁷⁾) in Art. 1 I GG. -- Diese letztere Auffassung dürfte zutreffen. Denn wann eine Verletzung oder Mißachtung der "Fähigkeit, sich in freier Entscheidung über die unpersönliche Umwelt zu erheben", ein "Eingriff in die biologische und geistig-seelische Intimsphäre des Menschen vorliegt, läßt sich ebenso wie die Bewertung einer Maßnahme als eines "einschneidenden, unzumutbaren Eingriffs in die Lebensführung" nur im Einzelfall und nach denselben Kriterien bestimmen ⁸⁾: es handelt sich insoweit um synonyme Begriffe.

2) Schönke-Schröder § 24 II 1b bb

3) DAR 1958, 193: Die Auflage, während sechs Monaten kein Moped zu führen, bedeute für den Verurteilten im Hinblick auf seine ohnedies erheblich geschmälerzte Freizeit eine schwere Beeinträchtigung, wenn ihm das Moped für den täglichen, 4 km langen Weg zur Arbeitsstelle und zurück die schnellste und billigste Fahrmöglichkeit biete. Die Auflage verstoße daher gegen § 24 II S.2 StGB.

4) Schönke-Schröder, 8. Aufl., 1957, a.a.O.-- In der neuesten Auflage seines Kommentars erwähnt S c h r ö d e r dagegen den Art. 1 I GG in diesem Zusammenhang überhaupt nicht mehr.

5) a.a.O., S. 152

6) Maunz-Dürig, Art.1 I, Rdnr. 30, FN. 1

7) Hinzufügung vom V e r f a s s e r .

8) Vgl. hierzu ausführlich oben im 2. Kap. unter I A 3a!

Damit stellt sich ein methodisches Problem: Wenn die "einschneidend unzumutbare" Auflage wegen Verstoßes gegen Art. 1 I GG stets zugleich auch "gesetzwidrig" ist, ist dann nicht der zweite Aufhebungsgrund des § 305 a I S. 2 StPO überflüssig, gewissermaßen "leerlaufend"? Eine Erklärung für diesen methodischen Dualismus des Gesetzes versucht Eberhard Schmidt⁹⁾ zu geben. Er geht, im Ergebnis mit der hier vertretenen Auffassung übereinstimmend, davon aus, daß im Grunde genommen auch die "unzumutbare" Auflage eine "gesetzwidrige" sei. Und zwar verfehle eine "unzumutbare" Auflage den gesetzlichen Sinn der Strafaussetzung zur Bewährung, deren rechtlicher Inhalt durch spezialpräventive Gesichtspunkte bestimmt sei. Wenn nun das Gesetz neben der "Gesetzwidrigkeit" noch die "einschneidende Unzumutbarkeit" als Aufhebungsgrund ausdrücklich nenne, so sei dies trotzdem richtig; es schreibe damit nur ausdrücklich vor, in welcher Beziehung das richterliche Ermessen, das zu der betreffenden Auflage geführt habe, nachgeprüft werden könne. Es müsse sich um Eingriffe in die Lebensführung handeln; in Betracht kämen also v.a. Auflagen nach § 24 I S. 2 Nr. 2, 3, 6 StGB. -- Auch diese methodische Deutung befriedigt nicht ganz. Denn es ist durchaus nicht so, daß die einschneidend-unzumutbar in die Lebensführung und damit in die "ureigenste Privatsphäre" des Verurteilten eingreifende Auflage immer gegen die Grundsätze spezialpräventiver Eignung verstoßen müßte¹⁰⁾ -- man denke etwa an die Auflage an den unterhaltssäumigen Zahler, zur Ehefrau und zu den Kindern zurückzukehren¹¹⁾, die sich u.U. im Einzelfall¹²⁾ für die Wiedereingliederung des Verurteilten in die Rechtsgemeinschaft durchaus als sinnvoll erweisen könnte.

Wenn daher Brunns¹³⁾ neuerdings betont, die Beschwerdegründe der "Gesetzwidrigkeit" und der "Unzumutbarkeit" müßten methodisch voneinander abgegrenzt, insbesondere in ein "Rangverhältnis" zueinander gebracht werden, da der Beschwerdegrund der

9) Lehrkommentar II, § 305 a Anm. 4

10) So aber auch Brunns GA 1959, 227.

11) Vgl. OLG Nürnberg NJW 1959, 1451; dazu oben im 2. Kap. a.a.O.

12) Über die spezial(!)-präventive Eignung einer Auflage läßt sich nur im Einzelfall entscheiden; so voll zutr. insbes.

Demski NJW 1958, 2100.

13) a.a.O.

"Unzumutbarkeit" nur der zusätzlichen (!) Korrektur der "an sich gesetzmäßigen" Auflage diene, so kann dem nur mit gewissen Vorbehalten zugestimmt werden. Denn die einschneidend unzumutbare Auflage ist eben nicht nur formal, sondern wegen Verstoßes gegen Art. 1 I GG in jedem Falle auch materiell gesetzwidrig. Es kann daher die These, wer zuerst die Gesetzwidrigkeit einer Auflage überprüfe, beschreite den rechtsstaatlich dogmatischen Weg, wer sich sogleich an die Prüfung der Zumutbarkeit mache, dagegen den des kriminalpolitischen Ermessens, streng genommen, nicht anerkannt werden. - Der Hinweis von B r u n s entbehrt freilich im Hinblick auf die Praxis der Aufлагengerichte trotzdem nicht einer wenigstens äußeren Berechtigung. Werden doch die -- wie angedeutet, in Wahrheit rechtlich äußerst komplizierten -- Erwägungen hinsichtlich des Art. 1 I GG, wie sie bei der Prüfung der "einschneidenden Unzumutbarkeit im Sinne der §§ 305 a I S. 2, 453 III S. 2 StPO notwendig sind, in der Praxis vielfach durch eine vage soziale Diagnose, "saubere juristische Handwerksarbeit" durch allgemein-menschliche Überlegungen ersetzt. Daß diese Überlegungen auch bei exakt-juristischer Prüfung hereinspielen und hereinspielen müssen, ist freilich selbstverständlich; nur muß man dabei stets bedenken, daß eine faktische Betrachtungsweise als "Erleichterung" juristisch-dogmatischer Gedankenführung in aller Regel als suspekt erscheinen muß -- weiß man doch, daß die schwierigsten rechtlichen Probleme in Wahrheit gerade da liegen, wo mit sozialen Wertungen gearbeitet werden muß! In diesem Sinne erscheint es freilich geraten, zuerst die (übrigen) rechtlichen Möglichkeiten der "Gesetzwidrigkeit" einer Auflage zu überprüfen, bevor man die "Unzumutbarkeit" nach § 305 a I S. 2 StPO und damit zugleich den Art. 1 I GG bemüht.¹⁴⁾

14) Die hier aufgezeigte Deutung des Begriffs der "einschneidenden Unzumutbarkeit" erledigt als praktische Konsequenz ohne weiteres auch eine Reihe von prozessualen Fragen. So ist die Anfechtbarkeit einschneidend unzumutbarer Weisungen nach § 55 I S. 1 JGG ebenso unbedenklich zu bejahen wie die derartiger Auflagen durch die Staatsanwaltschaft (insoweit im Ergebnis zutreffend OLG Nürnberg a.a.O.; zust. B r u n s a.a.O 1397.)

5. Kapitel

Die Beachtlichkeit der fehlerhaften Auflage;
zugleich ein Teilbeitrag
zum Problem des nichtigen Staatsaktes.

Eine Problematik, die -- im Gegensatz zu den bisher behandelten Fragen -- in der Praxis der Gerichte kaum je Bedeutung erlangen, im Rahmen des hier gestellten Themas aber trotzdem einiges theoretisches Interesse verdienen dürfte, ist die der Nichtigkeit der rechtlich unzulässigen Auflage. Es handelt sich hier um die Frage, ob und gegebenenfalls wann eine Auflage oder Weisung so fehlerhaft sein kann, daß ihr jegliche rechtliche Wirkung versagt bleiben muß, die derartigen Maßnahmen sonst zukäme. Diese, mit der praktisch ungleich bedeutsameren des nichtigen Strafurteils verwandte Problematik wurde bisher im Schrifttum, soweit ersichtlich, allein von Peters¹⁾ und in jüngerer Zeit noch einmal von Maria Demski²⁾ und Streie^{2a)} im Zusammenhang dargestellt. Sie soll im folgenden unter Auswertung insbesondere der verwaltungsrechtlichen Literatur und des Schrifttums zum nichtigen Strafurteil noch einmal vertieft werden.

1.) Die Ausführung der Auflagen, Weisungen und Pflichten kann nicht erzwungen werden, an ihre Nichtbeachtung knüpfen sich jedoch andere rechtliche Folgen. Eine "gröbliche Zuwiderhandlung" gegen eine Bewährungsauflage bewirkt den Widerruf der Straf- oder Maßregelaussetzung (§§ 25 II Nr. 3, 42 h I S. 3 StGB, § 26 II Nr. 3 JGG); die schuldhafte Nichterfüllung von Weisungen oder Pflichten im Jugendkriminalrecht wird mit Jugendarrest geahndet (§§ 11 II, 15 III JGG). Die Nichtigkeit einer Auflage wirkt sich nun prozessual in ihrer Unbeachtlichkeit aus. Der nichtigen Auflage kommt keine "Tatbestandswirkung" zu; die für den Fall der

1) KrimSt. 213 ff.

2) Diss., S. 82 ff.

2a) a.a.O., S. 213 ff.

Nichterfüllung gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge darf also nicht ausgesprochen werden.

Die Nichtigkeit der Auflage ergreift grundsätzlich auch den Beschluß, der den Widerruf der Strafaussetzung oder die Ungehorsamsfolge des Jugendarrestes ausspricht. Denn diese Beschlüsse sind zu begründen ³⁾ und stehen deshalb mit der Auflage nicht nur in innerem, sondern auch in äußerem Zusammenhang. Praktisch bedeutsam wird die Nichtigkeit dieser Beschlüsse allerdings erst in dem Augenblick, in dem die Fristen zur Einlegung der sofortigen Beschwerde ⁴⁾ verstrichen sind. Bis dahin stehen dem Verurteilten und der Staatsanwaltschaft die gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelfe zu ⁵⁾, und es muß von jedem, der sich auf die Nichtigkeit beruft, erwartet werden, daß er von ihnen Gebrauch macht. Denn das Ignorieren strafrichterlicher Anordnungen ist eine das allgemeine Rechtsbewußtsein viel zu sehr erschütternde rechtliche Verhaltensweise, als daß davon abgesehen werden könnte, diese ultima ratio durch andere Rechtsbehelfe zu vermeiden ⁶⁾. -- Die Geltendmachung der Nichtigkeit selbst kann nicht, wie beim nichtigen Strafurteil ⁷⁾, im Wege der Einwendung gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung

3) Vgl. § 453 I S. 3 StPO, § 58 I S. 3 JGG, arg. § 65 I S. 1, II S. 2 JGG. -- Für den Widerruf der Maßregelaussetzung muß Entsprechendes gelten.

4) Vgl. §§ 453 III S. 2 StPO, 59 III JGG bzw. § 65 II S. 2 JGG.

5) So, -- vielleicht mit der Ausnahme von H e n k e l, Strafvollstreckungsrecht, Stuttg. und Köln 1953, S. 306, der de lege ferenda eine unbefristete Nichtigkeitsbeschwerde fordert --, die heute ganz allgemein herrschende Meinung. Zu Recht, denn auch das nichtige Urteil hat eine faktische Wirkung, indem es die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bedroht. An der Anfechtung nichtiger Staatsakte mit den gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelfen könnte nur eine "körper-weltliche" Auffassung der Rechtswirkungen Anstoß nehmen (so E b. S c h m i d t, Lehrkommentar I, Nr. 218 N. 259 im Anschluß an K i p p; vgl. ferner allgemein das Problem der "Doppelwirkung im Recht", dazu etwa Dölle, Juristische Entdeckungen, Verh. zum 42. Dt. Juristentag, Bd. 2 (1958) Teil B, passim).

6) So zutreffend insbes. auch L u t h e r ZStrW 70, 88 f.

7) Allgemein h.M.

nach § 458 I StPO erfolgen, weil es sich insoweit nicht um Zweifel (!) handelt, deren Behebung notwendig ist, damit die Vollstreckungsbehörde die widerrufenen Beschlüsse vollstrecken kann⁸⁾. Die Nichtigkeit kann daher nur nach Ablauf der Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde formlos geltend gemacht werden; die Aufhebung des betreffenden nichtigen Beschlusses erfolgt dann durch gleichfalls formlosen Beschluß.

2.) Bei der Lösung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Auflage, Weisung oder besondere Pflicht als nichtig anzusehen ist, wird man zweckmäßigerweise auf die allgemeinen Lehren vom nichtigen Staatsakt zurückzugreifen haben, wie sie v.a. in der verwaltungsrechtlichen Literatur entwickelt worden sind. Zur Problematik der Abgrenzung der nichtigen von den bloß anfechtbaren Verwaltungsakten haben sich v.a. zwei Theorien herausgebildet, die sogenannte objektive und die sogenannte Evidenztheorie. Nach der Evidenztheorie ist ein Verwaltungsakt nur dann nichtig, wenn er den Rechtsschein der Rechtmäßigkeit nicht hat, wenn er -- nach einer berühmt gewordenen Formulierung -- "den Stempel der Fehlerhaftigkeit auf der Stirn trägt". Nach der sog. objektiven Theorie kann es dagegen auf das Moment der Offenkundigkeit nur dann ankommen, wenn der dem Verwaltungsakt anhaftende Mangel nicht so gravierend ist, daß er bereits allein und für sich genommen die Annahme der Nichtigkeit zwingend gebietet⁹⁾. Die Hauptschwierigkeit besteht freilich darin, herauszufinden, wann ein Mangel denn so schwer ist, daß er die Nichtigkeitsfrage überhaupt nahelegt, und so laufen alle Theorien, sofern sie über mehr oder weniger formale Wendungen¹⁰⁾

8) Vgl. Eb. Schmidt, Lehrkommentar II, § 458 Erl. 1.

9) Vgl. die Nachweise bei Landmann-Giers-Proksch, Allgemeines Verwaltungsrecht, Düsseldorf 1957, S. 168.

10) Vgl. etwa die folgenden: "Nichtig ist ein Verwaltungsakt dann, wenn er wegen rechtlicher oder tatsächlicher Unmöglichkeit eine rechtmäßige autoritative Äußerung der Staatsgewalt gar nicht sein kann" (Wolff, Verwaltungsrecht I, a.a.O., § 50), "wenn der Mangel so stark ist, daß das öffentliche Interesse die Zurückstellung aller anderen Gesichtspunkte, die zunächst für die Gültigkeitsvermutung sprechen, dringend erfordert" (Landmann-Giers-Proksch, a.a.O.).

hinauskommen, letztlich darauf hinaus, die Rechtsfolgen eines Mangels an Hand typischer Einzelfälle kasuistisch zu überprüfen¹¹⁾.

Diese grundsätzlichen Gesichtspunkte und Schwierigkeiten spielen auch bei der Frage des nichtigen Strafurteils eine Rolle, dem die Beschlüsse nach § 25 II Nr. 3 StGB, § 26 II Nr. 3 JGG wegen ihrer ähnlichen faktischen Wirkung -- Voraussetzung für Beginn oder Fortsetzung der Strafvollstreckung -- in dieser Hinsicht grundsätzlich rechtlich gleichstehen. Allein schon die Tatsache, daß der allgemeinen Anerkennung der Möglichkeit nichtiger Strafurteile¹²⁾ auch heute noch maßgebliche Stimmen entgegenstehen¹³⁾, macht es verständlich, daß im Schrifttum in diesem Bereich durchweg die strengere Evidenztheorie vertreten wird. Sehr zu Recht, denn das allgemeine Rechtsbewußtsein wird nur zu leicht erschüttert, wenn sich ein Bürger plötzlich darauf berufen kann, ein gegen ihn ergangenes Strafurteil habe keinen Bestand und keine Rechtswirkungen -- bedeutet doch dem Laien

11) Vgl. etwa W o l f f , Verwaltungsrecht I, a.a.O., §§ 50 ff.; Bengl-Berner-Emmerig, Bayerisches Landesstraf- und Verordnungsgesetz, 2. Aufl., München 1957, S. 46 f. unter Hinweis auf B a u e r VerwRspr. 1,513; Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., München und Berlin 1954, S.123 ff.

12) Vgl. etwa E b . S c h m i d t , Lehrkommentar I, Nr. 218; K o h l h a a s in Löwe-Rosenberg, Vorbem. 26a vor § 151; K M , Einleitung 10 e; K e r n , Strafverfahrensrecht, 5. Aufl., München und Berlin 1959, S. 181 f. sowie die bei L u t h e r ZStrW 70,92 Genannten; ferner S c h n e i d e r MDR 1956,465; H e n k e l , Strafverfahrensrecht, a.a.O., S. 375 f; P e t e r s , Der deutsche Strafprozeß, a.a.O., S. 407; S c h w a r z , StPO, Vorbem. 2 vor § 33. Vgl. endlich auch S t r a t e n w e r t h , Verantwortung und Gehorsam, Tübingen 1958, S. 128 ff.

13) Vgl. S a r s t e d t JR 1955,351 f.; dagegen insbes. S c h n e i d e r , a.a.O

die strafrichterliche Entscheidung die Verkörperung der Autorität des Rechts schlechthin! Man wird daher auch für die Bewährungsaufgaben zu fordern haben, daß allein die auch äußerlich erkennbare Mangelhaftigkeit der Maßnahme die Annahme der Nichtigkeit rechtfertigen kann.

Im übrigen hilft aber auch hier wieder nur eine kasuistische Prüfung von Fall zu Fall. Bei den Auflagen, Weisungen und Pflichten ergibt sich im Gegensatz zu den Verwaltungsakten und Urteilen zunächst die Besonderheit, daß prozessuale Fehler, die die Annahme der Nichtigkeit einer solchen Maßnahme begründen könnten, kaum jemals vorkommen werden. Als Ursache der Unwirksamkeit sind vielmehr regelmäßig nur inhaltliche Fehler des betreffenden Rechtsfolgeausspruchs denkbar¹⁴⁾. Solche können nach P e t e r s¹⁵⁾ vorliegen bei Zugrundelegung eines unrichtigen Sachverhalts, oder -- bei richtiger Feststellung des Sachverhalts -- im Falle einer überhaupt oder aber gerade nur in diesem Einzelfall unzulässigen Maßnahme. In allen Fällen aber soll die Maßnahme nur dann unwirksam sein, ihre Nichtbeachtung nur dann hingenommen werden können, wenn die Anordnung "unter keinen denkbaren Umständen getroffen werden sollte". So darf die Auflage kein gesetz- oder sittenwidriges Verhalten von dem Verurteilten fordern. Der Fehler kann aber auch darin liegen, daß das Gericht überhaupt eine solche Auflage anordnet. So kann der Täter die entführte oder aus Eifersucht körperlich entstellte Braut selbstverständlich heiraten; dies darf ihm jedoch nicht vom Richter auferlegt werden. Voraussetzung aber ist in all diesen Fällen, daß der Verstoß auch wirklich augenscheinlich ist. Dies wird v.a. bei unzulässigen Einbrüchen in die durch Art. 1 I GG geschützte "Intimsphäre" des Verurteilten nur sehr selten der Fall sein, nachdem hier -- außer bei den "stets unzulässigen" Auflagen -- in aller Regel bei der rechtlichen Prüfung auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen ist¹⁶⁾. Überhaupt werden

14) Vgl. auch P e t e r s , KrimSt. 215.

15) a.a.O., 215 ff.

16) Vgl. oben im 2. Kap. unter I A 3 a!

schlechthin nichtige Auflagen kaum jemals vorkommen ¹⁷⁾. Insbesondere wird das Evidenzerfordernis in den von P e t e r s ¹⁸⁾ genannten Fällen von Anordnungen, die als "reine Sicherungsmittel" im Sinne seiner Terminologie den spezialpräventiven Anforderungen des Gesetzes nicht genügen, kaum jemals erfüllt sein, denn -- die Diskussion um das Bestehen einer rechtlichen "Sperrwirkung" der sichernden und bessernden Maßregeln beweist dies zur Genüge ¹⁹⁾ -- irgendeine erziehlche Wirkung läßt sich beinahe jeder auch de facto sichernden Maßnahme beilegen. Zweifelsfrei nichtig sind wohl nur Auflagen, die über die Bewährungszeit hinausgehen ²⁰⁾, in dem über diese Frist hinausgehenden Teil. Im übrigen handelt es sich hierbei doch wohl nur um eine Problematik von rein theoretischer Bedeutung, da inhaltlich

17) Dies v.a. gegen Äußerungen wie die von G ö b e l in NJW 1954,15: "Einer gesetzwidrigen strafgerichtlichen Reaktionsmaßnahme muß letztlich jede Rechtsgültigkeit versagt bleiben. Ihr fehlt die Fähigkeit, in Rechtskraft zu erwachsen." -- Derartige zumindest unglückliche und mißverständliche Formulierungen sollten auch zur Begründung richtiger Ergebnisse (hier: der Anfechtbarkeit der jugendrichterlichen Weisung nach § 55 I JGG wegen Gesetzwidrigkeit) besser vermieden werden.

18) a.a.O.

19) Vgl. oben im 3. Kap., insbes. unter I 2 a.

20) Die Frage der zeitlichen Begrenzung der jugendrichterlichen Weisungen ist dagegen rechtlich unstritten; eine etwaige Überschreitung der sicherlich auch in dieser Hinsicht grundsätzlich bestehenden rechtlichen Grenzen kann daher nie zur Nichtigkeit der Maßnahme führen. (Die gesetzliche Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung der Weisungen wird bejaht von J a g u s c h LK § 10 JGG Anm. 3; S c h n i t z e r l i n g RdJ 1956,222; DAR 1956,125; B u r k h a r d t RdJ 1959,179; and.Auff. v.a. P o t r y k u s NJW 1954,822; UJ 1954,442; JGG, § 10 Bem. 3, 8; NJW 1957,816; vgl. auch Dallinger - L a c k n e r § 10 N.21 sowie H e l l m e r, Erziehung und Strafe, S. 225 f. Aus der Rechtsprechung sind die -- zeitlich unbegrenzten -- Weisungen des (damaligen) Darmstädter Jugendrichters Holzschuh in EJF 1953, S.77 Nr. 14 und EJF 1954, S. 14 Nr. 14 bekannt geworden. -- Die grundsätzliche Frage ist wohl m.E. nicht mit einem einfachen Ja oder Nein zu entscheiden.)

offensichtlich (!) rechtswidrige Auflagen, sollten sie in einem Einzelfall tatsächlich einmal verhängt werden, zumindest auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft hin sofort aufgehoben würden. Zudem dürfte angesichts der durch die Möglichkeit der Abänderung und nachträglichen Anordnung von Auflagen erreichten Reaktionsbeweglichkeit auch keine allzu große (erzieherische) Versuchung zur Verhängung rechtlich so grob fehlerhafter Maßnahmen für die Gerichte bestehen. Die Heiratsauflage der zwanziger Jahre ist seither offensichtlich nicht wieder vorgekommen, und weitere Auflagen, die als rechtlich schlechthin unbeachtlich angesprochen werden müßten, sind nicht bekannt geworden. "Mit Beispielen aber, die gänzlich unmöglich sind, sollte man nicht operieren"²¹⁾.

21) G e r l a n d , Der deutsche Strafprozeß, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927, S. 295 Anm. 133. P e t e r s , Strafprozeß, a.a.O., S. 407

2. H A U P T T E I L

=====

6. K a p i t e l

Rechtsgrundlage und Zulässigkeitsgrenzen der Auflagen,
Weisungen und Pflichten. (Besonderer Teil).

Der 2. Hauptteil der vorliegenden Untersuchung stellt sich eine dreifache Aufgabe: Zunächst soll -- im wesentlichen bloß referierend -- versucht werden, durch tunlichst lückenlose Wiedergabe aller bisher veröffentlichten oder dem Verfasser sonst zugänglich gewordenen Auflagen ein möglichst vollständiges, anschauliches Bild der strafrichterlichen Maßnahmenpraxis zu vermitteln. Dabei sollen auch die wichtigsten der im Schrifttum vorgeschlagenen Auflagemöglichkeiten kurze Berücksichtigung finden. Zum zweiten sollen hier bei der Zulässigkeitsprüfung ausgewählter, dogmatisch m.E. besonders interessanter Auflagen die Einzelheiten der wissenschaftlichen Diskussion dargestellt und erörtert werden. Das dritte und hauptsächliche Anliegen dieses "Besonderen Teils" ist es schließlich, soweit möglich, am einzelnen Fall die Bewährung der im ersten Hauptteil dieser Arbeit herausgearbeiteten großen Prinzipien zu erweisen.

Mit dieser in sich uneinheitlichen, dreifachen Zielsetzung ist bereits die Methodik und Systematik des zweiten Hauptteils festgelegt, die von der des ersten Hauptteils erheblich abweicht. Ging es dem Verfasser dort darum, in logischer Folge der Darstellung ein dogmatisch abgerundetes Bild der für das Auflagenrecht grundsätzlichen rechtlichen Gesichtspunkte zu liefern, so sind die Untersuchungen im folgenden mehr oder weniger lose aneinandergereiht. Im äußeren Aufbau hält sich die Systematik an die durch die sechs Nummern des § 24 I S. 2 StGB festgelegte Reihenfolge der kriminalpolitischen Sachgebiete; es folgen Auflagen, welche zweifelsfrei nur unter die gesetzliche Generalklausel subsumiert werden können und schließlich Einzelfragen

aus dem Recht der Maßregelaussetzung und dem Jugendkriminalrecht.

1. Abschnitt:

Die Auflage der Wiedergutmachung
des durch die Tat verursachten Schadens.
(§ 24 I Nr. 1 StGB, § 15 I Nr. 1 JGG)

Die Auflage der Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens, die in den geltenden Strafgesetzen (§ 24 I Nr. 1 StGB, § 15 I Nr. 1 JGG) und in allen Gesetzentwürfen in unterschiedlicher Formulierung immer wiederkehrt ¹⁾, birgt eine umfangreiche rechtliche Problematik, die von den Schöpfern des E 1958 ebensowenig wie vom Gesetzgeber des geltenden Rechts erkannt und erst durch neuere Forschungen aufgezeigt worden ist. Es geht hier insbesondere darum, ob und gegebenenfalls inwieweit der Strafrichter bei der Anordnung einer Wiedergutmachungsauflage die Schadensersatzregelungen des bürgerlichen Rechts zu beachten hat, und des weiteren, ob er bei seiner Entscheidung an ein etwa bereits ergangenes rechtskräftiges Zivilurteil gebunden ist bzw. welchen Einfluß ein inhaltlich abweichendes, der Auflage nachfolgendes rechtskräftiges Zivilurteil auf deren rechtlichen Bestand ausübt. Die Untersuchung wendet sich im folgenden zunächst der ersten Frage zu.

I.

Die Bindung des Strafrichters an das materielle Zivilrecht wird heute von der im Schrifttum überwiegenden Auffassung

1) Vgl. § 43 I S. 3 E 1927, § 43 I S. 3 E 1930, § 77 I S. 2 Nr. 1 E 1958.

bejaht ²⁾. Schon P e t e r s ³⁾ hätte darauf hingewiesen, daß selbst in den Fällen, in denen eine Schadensersatzverpflichtung etwa wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit des verbotenen Geschäfts nicht besteht (§§ 134, 138 BGB), eine Bindung an das bürgerliche Recht kriminalpolitisch deshalb vertretbar sei, weil dem Verurteilten ja der Gewinn der Straftat durch eine entsprechend hohe Spendenauflage entzogen werden könne. Eindringend sind die dogmatischen Argumente von B a u r ⁴⁾, die Errichtung einer unabhängig von den Normen des BGB bestehenden eigenen "strafrechtlichen Schadensordnung" stelle eine Systemwidrigkeit im Gesamtgefüge des Rechts dar, ja eine Auflage, die die zivilrechtliche Situation außer acht ließe, wäre darüber hinaus nach § 305 a I S. 2 StPO gesetzwidrig, denn unter "Gesetz" verstehe die StPO nach § 7 EGStPO jede Rechtsnorm, also auch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Schließlich betont J a g u s c h ⁵⁾, die Wiedergutmachung eines Vermögensschadens werde als strafrechtliche Unterstützung des Schadensanspruchs des Geschädigten durch den wirklichen Schaden begrenzt; die Auflage könne nicht als Strafe angesehen werden, die diesen Betrag auch übersteigen könnte ⁶⁾.

2) So B a u m a n n GA 1958, 197 und Lb., a.a.O., S. 569; B a u r GA 1957, 338 ff.; B r u n s GA 1959, 225; D r e h e r - M a a ß e n § 24 Anm. 2; J a g u s c h LK § 24 Anm. 2, insbes. a.a.O. § 25 Anm. 3; J e s c h e c k JZ 1958, 595; P e n t z NJW 1956, 1867; S c h ä f e r in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, a.a.O., S. 25; S c h n i t z e r l i n g DAR 1959, 209; Schönke-Schröder § 24 Anm. II 3 a und wohl auch S t r e e, a.a.O., S. 139 und Anm. 4 für das Erwachsenenstrafrecht; G r e t h l e i n § 10 Anm. 2 b, § 15 Anm. 2 a 2, insbes. 2 b; J a g u s c h LK § 15 JGG Anm. 3; Dallinger-Lackner § 15 N. 5; P o t r y k u s, JGG, § 15 Bem. 2 a, 3; UJ 1954, 280; S c h n i t z e r l i n g RdJ 1959, 260 f. für das Jugendkriminalrecht.

3) KrimSt. 187 Anm. 3

4) a.a.O., insbes. 340; ebenso S c h n i t z e r l i n g RdJ 1959, 260.

5) a.a.O., § 25 Anm. 3

6) J a g u s c h argumentiert also offenbar mit der "Sperrwirkung" der Geldstrafe (dazu allgemein oben im 3. Kap.). Eine solche besteht grundsätzlich ohne Zweifel; die Geldstrafe soll nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen und keineswegs als faktischer Ersatz der ausgesetzten Freiheitsstrafe zur Anwendung kommen. -- Von dem Verurteilten auch als "Strafe"

Dieser Auffassung hielt zunächst D i l l c h e r ⁷⁾ entgegen, daß die strafrichterliche Auflage, selbst wenn sie äußerlich dem zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch gleiche, ein ganz anderes Ziel als das des reinen Schadenausgleichs verfolge. Das Zivilgericht sei gar nicht in der Lage, die insoweit maßgebenden Gesichtspunkte zu berücksichtigen, nach denen im Wege des Eingriffs in die Lebensführung des Verurteilten dessen Wiedereingliederung in die Gemeinschaft gefördert werden soll. Maßgebend sei die Weckung der Wiedergutmachungsgesinnung im Gegensatz zu der vollstreckungsfähigen Feststellung eines Schadensersatzanspruchs als dem Ziel des Zivilprozesses. Dagegen ist einmal mit B a u r ⁸⁾ einzuwenden, daß die verschiedene Zielsetzung nur den Grund für die Entstehung, nicht aber bereits selbst die Lösung der in Rede stehenden Bindungsproblematik darstellt, und dann werden die materiellrechtlichen Erwägungen D i l l c h e r s durch die -- wie sich zeigen wird, unstatthafte -- Verquickung mit der Frage der prozessualen Bindung des Auflagenrichters an das rechtskräftige Zivilurteil von jener prozessualen Problematik überschattet. -- Die in ihrem Kern bereits bei D i l l c h e r sichtbaren Gedanken erfahren eine weitere Vertiefung in den Aufsätzen von H e l l m e r ⁹⁾, der gedanklich an der geschichtlichen Entwicklung unseres Rechtssystems ansetzt. Am Anfang dieser Entwicklung waren Strafrecht und Wiedergutmachungsrecht eins, bis sich in der Folge mit der zunehmenden Unterscheidung zwischen Zivil- und Strafrecht auch auf dem Gebiet des Verletzungsrechts der Gedanke der bloßen Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens mehr und mehr

empfundener wird die Auflage zwar in aller Regel erst in dem Augenblick, in dem er in einem zivilrechtlichen Verfahren bestätigt bekommt, daß er nichts schulde. Der von der "zentralen Idee" der Gesetzesumgehung (B r u n s GA 1959, 227) ausgehende, von J a g u s c h so formulierte Gedanke büßt dadurch freilich nichts von seiner Durchschlagskraft ein.

7) NJW 1956, 1346 f.

8) a.a.O., 339

9) Insbes. in AcP 155, 527 ff.;
vgl. ferner ZStrW 70, 367 f.

aus dem Komplex der der Strafe verhafteten Ideen löste. Der dadurch freigewordene Raum mußte sich nun nach dem Gesetz der Komplementarität ¹⁰⁾ mit neuem ideellem Gehalt auffüllen. So ist eine Wandlung des Gegenseitigkeitsgedankens im Strafrecht vor sich gegangen: nicht mehr das Gleichgewicht zwischen Schädiger und Verletztem, sondern dasjenige zwischen Verletzer und Staat soll wiederhergestellt werden. Wenn daher die Auflage an die Stelle der Strafe getreten ist, so könne sie sich nicht in der bloßen zivilrechtlichen Schadensbeseitigung erschöpfen, sondern müsse als "Wiedergutmachung am objektiven Recht" über die Mittel des Zivilrechts hinaus einen Ausgleich anstreben. Daraus folgert nun H e l l m e r , daß die strafrechtliche Verpflichtung zur Wiedergutmachung trotz ihrer scheinbar so großen Nähe zum Zivilrecht von diesem ganz und gar unabhängig sei. Es könne daher -- etwa bei Einspringen fremden Vermögens -- zivilrechtlich eine Wiedergutmachung vorliegen, ohne daß auch gleichzeitig die strafrechtliche Wiedergutmachungspflicht erfüllt sei, wie umgekehrt jener auch dann genügt sein könne, wenn der Schädiger seiner zivilrechtlichen Schadensersatzverpflichtung noch nicht nachgekommen ist. -- Diese unmittelbare Schlußfolgerung erscheint jedoch etwas übereilt; sie folgt jedenfalls nicht zwingend aus dem ideengeschichtlichen Argument und darf m.E. überhaupt nicht gezogen werden. Insbesondere steht der Lehre von der totalen Loslösung der Wiedergutmachungsauflage von der bürgerlichrechtlichen Schadensersatzsituation das arg. § 77 I S. 2 Nr. 5 E 1958 entgegen. Die Auflage, über die Rechtspflicht zur Wiedergutmachung hinausgehende besondere Leistungen zu erbringen, die auch de lege lata bereits zulässig sein soll ¹¹⁾,

10) Vgl. dazu allgemein auch oben im 1. Kap. unter III B 1.

11) Vgl. Amtl. Begr., S. 78. -- Zweifelhaft könnte sein, ob nicht die in § 77 I S. 2 Nr. 5 E 1958 vorgesehene Anordnung de lege lata als "unbenannte" Auflage wegen Verstoßes gegen Art. 103 II GG unzulässig sei (so wohl KMR-Kommentar, 3. Aufl. 1954, § 305 a Anm. 3 a; vgl. dazu allgemein oben im 1. Kap.). Man wird jedoch, solange die gesetzestechnische Trennung der Wiedergutmachungsauflage im engeren Sinn und der Auflage, über die Rechtspflicht zur Wiedergutmachung hinausgehende besondere Leistungen zu erbringen, noch nicht vollzogen ist, bei der gebotenen weiten Auslegung der Katalogbeispiele des § 24 I S. 2 StGB auch die letztere Maßnahme für rechtmäßig

wäre sinnlos, wenn die Höhe des wiedergutzumachenden Schadens nicht nach den Normen des bürgerlichen Rechts ermittelt werden sollte, denn sonst würde bereits § 77 I S. 2 Nr. 1 E 1958 diese Fälle ohne weiteres mit umfassen. Wenn man die bereits erwähnten, grundsätzlich durchweg zutreffenden Gründe von B a u r ⁴⁾ und J a g u s c h ⁵⁾ hinzunimmt, die auch durch die scharfsinnige Arbeit von H e l l m e r ⁹⁾ nicht widerlegt worden sind, so ergibt sich, daß die Auflagemöglichkeiten in Bestand und Höhe von dem Vorliegen eines entsprechenden zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs abhängen. Damit wird die Wiedergutmachungsaufgabe noch lange nicht zu einem bloßen Abklatsch der zivilrechtlichen Schadensersatzverpflichtung. Sie beinhaltet -- was H e l l m e r übersieht -- auch so durchaus ein ideelles Mehr: nämlich das kriminalpolitische Plus der freiwilligen Leistung. Wollte man dieses Mehr in dem im wahrsten Sinne des Wortes materiellen Sinne verstehen, daß die vermögensrechtlichen Grenzen des Schadensersatzanspruchs bei der Bestimmung der Wiedergutmachungsaufgabe wegfallen müßten, so fiel man wieder einmal einer quaternio terminorum zum Opfer ¹²⁾.

Sieht man von dieser zu weitgehenden Schlußfolgerung ab, so ist das Anliegen von H e l l m e r ⁹⁾ und D i l c h e r ⁷⁾, zu denen übrigens auch L a n g e ¹³⁾ zu zählen sein dürfte, im Grunde freilich berechtigt. Denn innerhalb (!) des durch die zivilrechtliche Situation gezogenen rechtlichen Rahmens ist der

ansehen können. -- Zur Indikation dieser Aufgabe sh. unten Anm. 24. Im übrigen ist hier wohl mehr an zivilrechtlich nicht geschuldete Arbeitsleistungen oder andere materielle oder auch ideelle Hilfe für den Verletzten gedacht.

12) Ganz abgesehen davon würde auch der erzieherische Wert der Aufgabe darunter leiden, wenn nach deren Erfüllung durch den Verurteilten der Zivilrichter diesem einen Anspruch auf Rückgabe des zivilrechtlich nicht Geschuldeten zubilligen müßte. Daß die Aufgabe ihrerseits keinen rechtlichen Grund im Sinne der §§ 812 ff. BGB darstellt, folgt bereits aus der Spezialvorschrift des § 25 III StGB (vgl. Schönke - S c h r ö d e r § 25 Anm. V; J a g u s c h LK § 25 Anm. 3).

13) Vgl. Kohlrausch - L a n g e § 24 Anm. III 3 a.

Strafrichter zwingend an die gesetzliche Zwecksetzung der Auflagen gebunden. Er darf daher beispielsweise die Auflage der (auch zivilrechtlich geschuldeten) Wiedergutmachung des gesamten, durch die Tat entstandenen Schadens nicht nur dann nicht anordnen, wenn diese einen einschneidenden, unzumutbaren Eingriff in die Lebensführung des Täters bedeuten würde, sondern auch dann nicht, wenn etwa in dem betreffenden Einzelfall ausnahmsweise der strafrechtliche Resozialisierungszweck durch die Auferlegung der Wiedergutmachung auch nur eines Teils des Schadens zu erreichen sein sollte. Denn alles, was über die spezifische kriminalpolitische Zwecksetzung der Auflagen hinausgeht, ist Aufgabe des Zivilrechts. Ganz richtig bemerkt daher auch *Sch n i t z e r l i n g*¹⁴⁾ zu § 15 I Nr. 1 JGG, die zivilrechtlichen Belange des Verletzten dürften nicht zum Hauptinhalt des Verfahrens werden, sondern müßten den erzieherischen Belangen des Jugendverfahrens untergeordnet bleiben.

II.

Von der Frage der Geltung der Vorschriften des BGB hinsichtlich Grund und Umfang der Wiedergutmachungsaufgabe scharf zu trennen ist die weitere Frage, ob der Strafrichter bei Anordnung einer solchen Auflage an ein in der Schadensersatzfrage etwa vorliegendes rechtskräftiges Zivilurteil gebunden ist, bzw. welchen Einfluß ein die Schadensersatzpflicht überhaupt oder in der vom Strafrichter in der Auflage angenommenen Höhe verneinendes Zivilurteil auf den rechtlichen Bestand der Auflage ausübt. Solange sich die vorgesehene bzw. bereits angeordnete Auflage in dem durch ein verurteilendes zivilprozessuales Erkenntnis gezogenen Rahmen hält, ist dies nach dem oben Ausgeführten unproblematisch. Der neuralgische Punkt liegt hier da, wo der Strafrichter, der eine Wiedergutmachungsaufgabe verhängen will, ein die Schadensersatzklage ganz oder zum Teil abweisendes Zivilurteil für falsch hält¹⁵⁾. Ist der Strafrichter in diesem

14) DAR 1956,98; vgl. auch DAR 1959, 203.

15) Dies hat *P e n t z* NJW 1956,1867 offenbar gar nicht bedacht; seine Argumente für eine prozessuale Bindungswirkung des rechtskräftigen Zivilurteils sind daher nur von geringem rechtlichem Gewicht.

Falle zur Nachprüfung des Zivilurteils berechtigt? Darf und muß er gegebenenfalls Grund und Umfang der bürgerlichrechtlichen Schadensersatzverpflichtung selbständig feststellen?

Damit ergibt sich hier eine ähnliche Fragestellung, wie sie zur Bindung des Strafrichters an rechtskräftige zivilprozes-
suale Erkenntnisse bei der Verhängung von Straf - u r t e i l e n
bereits des näheren untersucht worden ist ¹⁶⁾. In jenem Bereich
ist eine Bindung des Strafrichters nach richtiger Auffassung
zu verneinen, weniger aus dem Grunde, daß es regelmäßig an der
Identität der "Parteien" fehlt ¹⁷⁾, als nach dem Grundgedanken
des § 262 StPO. -- Lassen sich die dort angestellten Überlegungen
in gleicher Weise auf die Problematik der Wiedergutmachungs-
auflage übertragen? Diese Frage wird von B a u r ¹⁸⁾ verneint.
Man könne eine Bindung des Auflagenrichters nicht schon deshalb
ablehnen, weil nach überwiegender Auffassung der Strafrichter
an zivilgerichtliche Erkenntnisse nicht gebunden sei. Denn
diese Ablehnung (sc. der Bindungswirkung) beziehe sich auf die
Entscheidung über präjudizielle Rechtsverhältnisse, die Wieder-
gutmachungsaufgabe aber sei eine Anordnung, die "parallel" zum
Strafurteil ergehe. Dieser Gedanke erscheint einer näheren
Erörterung wert. Wenn aus § 262 I StPO die Nichtbindung des
Straf(urteils)richters abgeleitet worden ist, so aus dem Grunde,
weil es sich bei der in dieser Vorschrift statuierten Unter-
suchungsmaxime um eine solche handelt, die nicht nur gegenüber
der Verhandlungsmaxime anderer Verfahren, wie z.B. des Verfahrens

16) Vgl. v.a. B r u n s , Bindet die Rechtskraft deklaratori-
scher Urteile der Zivil- und Verwaltungsgerichte auch den
Strafrichter? Ein Beitrag zur Präzisierung der Problemstellung
an Hand der Entscheidung BGHSt. 5,106, in: Festschrift für
Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, München und Berlin 1957,
S. 107 ff.

17) So zwar Stein-Jonas-Schönke - P o h l e , ZPO, 18. Aufl.,
§ 322 II Anm. 5 a; sh. aber auch B r u n s , a.a.O.,
S. 135 ff. -- Bei der Auflage der Wiedergutmachung des durch
die Tat verursachten Schadens würden "eadem personae" zudem
ohnehin stets gegeben sein, so daß sich hieraus gegen die
Annahme einer "Bindungswirkung" des rechtskräftigen Zivil-
urteils kaum Bedenken herleiten lassen dürften.

18) a.a.O., 344 f.

der freiwilligen Gerichtsbarkeit, eine eigenständige Artung aufweist. Denn, wie aus dem Verfassungsgrundsatz "In dubio pro reo" hervorgeht, darf jemand nur bei voller Überzeugung des (Straf!-)gerichts von seiner Schuld bestraft werden. Daraus folgt letztlich die Entscheidungsfreiheit des Straf(urteils)-richters gegenüber allen Urteilen der anderen Zweige der Gerichtsbarkeit mit Ausnahme der Gestaltungsurteile ¹⁹⁾. Diese Erwägungen treffen für die **A u f l a g e n** zweifelsfrei nicht zu. Der Grundsatz "In dubio pro reo", der jedenfalls für die -- den Angeklagten mit sittlichem Makel behaftenden -- Strafen, nach richtiger Meinung auch für die einschneidenden Maßregeln der Sicherung und Besserung gelten muß, ist seiner Natur nach für das Auflagenrecht wenig passend ²⁰⁾. Zumindest ist dieses Argument bei der -- abgesehen von allem Resozialisierungszweck im letzten Grunde doch dem Ausgleich der durch den Täter gestörten Vermögensbeziehungen dienenden -- **W i e d e r g u t - m a c h u n g s a u f l a g e** nicht stark genug, eine prozessuale Bindung des Strafrichters zu verneinen.

Für eine solche Bindung sprechen auf den ersten Blick sogar weitere gewichtige Argumente. So hält **B a u r** ²¹⁾ dem gern vorgetragenen Gesichtspunkt, die Wiedergutmachungsaufgabe sei gegenüber dem Täter, der es verstehe, sich dem Zugriff der Zwangsvollstreckung zu entziehen, oft der einzige Weg, um dem Geschädigten zur Durchsetzung seiner Schadensersatzansprüche zu verhelfen, entgegen, schon die Anerkennung dieses Vorteils sei nicht ohne Bedenken. Es sei einer Rechtsordnung nicht würdig, den Vorteil des Einzelnen durch Ausnutzung der Furcht vor Strafvollstreckung zu befördern. Der Vorteil für den Geschädigten dürfe nicht erkaufte werden durch einen Verzicht auf die zahl-

19) Vgl. statt aller **B r u n s**, a.a.O., S. 145 f.

20) Die Notwendigkeit einer Beweisaufnahme auch hinsichtlich der für die Bestimmung der Auflagen bedeutsamen Umstände bleibt selbstverständlich unbeschadet. Vgl. hierzu **K l e i n k n e c h t** KM § 244 Anm. 2 b und oben S. 3 Anm. 8. Diese Aufklärungspflicht liegt jedoch auf einer anderen rechtlichen Ebene.

21) a.a.O., 340.

reichen Sicherungen, die Zivilprozeß und Zwangsvollstreckung mit Vorbedacht zugunsten des Beklagten vorsehen. Die Auflageentscheidung des Strafrichters verschaffe dem Verletzten (auch prozessual ²²⁾) keine Rechtsstellung, die er nicht schon zuvor innehatte; sie sei kein "Richterspruch zugunsten Dritter". Der Strafrichter sei daher an ein rechtskräftiges (auch zu Unrecht) ²²⁾ klageabweisendes Zivilurteil bei seiner Auflagenentscheidung gebunden, dürfe also in diesem Falle eine Wiedergutmachungsaufgabe nicht anordnen. -- Diese Begründung vermag nur teilweise zu überzeugen. Wenn B a u r meint, die zugunsten des Schuldners vorgesehenen Sicherungen des Zwangsvollstreckungsrechts hätten ihren guten Sinn und dürften nicht umgangen werden, so ist dem entgegenzuhalten, daß das Existenzminimum des Verurteilenden ja auch bei der Wiedergutmachungsaufgabe durch die unübersteigbare Schranke des einschneidenden, unzumutbaren Eingriffs in die Lebensführung (§ 305 a I S. 2 StPO) gewahrt bleibt. Daß diese Schranke im Einzelfall u.U. erheblich unter den durch die Bestimmungen des 8. Buches der ZPO gezogenen Grenzen liegen kann, rechtfertigt sich m.E. einfach aus der Tatsache, daß der nach den §§ 811, 850 ff. ZPO etc. geschützte Schuldner durch alle möglichen Umstände und auch ohne sein Verschulden in die vollstreckbare Leistungsverpflichtung hineingeraten sein kann, während er in den Fällen, in denen eine Wiedergutmachungsaufgabe angebracht erscheint, stets mit Handlungen in den Vermögensbereich des Verletzten eingefallen ist, die mit Kriminalstrafe bedroht sind. Wenn auch die Wiedergutmachungsaufgabe nach Grund und Umfang nach zivilrechtlichen Maßstäben zu bestimmen ist, so ändert dies doch nichts daran, daß es sich hier um eine Maßnahme im Bereich des Strafrechts handelt, aus dem nun einmal der Schuld-Sühne-Gedanke und somit auch die menschliche Schuld als Zumutbarkeitskriterium nicht zu verbannen ist ²³⁾. -- Das Argument B a u r s , die Wiedergutmachungsaufgabe sei kein "Richterspruch

22) Zur Verdeutlichung hinzugefügt vom Verfasser.

23) Vgl. entsprechend und voll zutreffend OLG Hamm VRS 12,61: Als Maßstab für die höhenmäßige Zumutbarkeit einer Geldbußauflage sind nicht nur die Lebensverhältnisse des Verurteilten in Betracht zu ziehen, sondern auch die Schuld, die er durch die Tat auf sich geladen hat.

zugunsten Dritter", vermag m.E. noch weniger durchzugreifen, als die Rechtsstellung des Verletzten und Klägers im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren in Rede steht. Die Auflage der Schadenswiedergutmachung dient dazu, durch das Ausmaß der Folgen für den Verletzten dem Täter sein Unrecht vor Augen zu führen und ihn von der Notwendigkeit einer wenigstens materiellen Wiedergutmachung zu überzeugen. Diese Aufgabe verliert zwar dann ihre Grundlage, wenn der Verletzte materiellrechtlich (!) wirksam auf seinen Schadensersatzanspruch verzichtet und damit dem Täter zu erkennen gibt, daß er die Störung seiner Vermögensverhältnisse für erledigt ansieht ²⁴⁾. Im Gegensatz dazu besteht jedoch die kriminalpolitische Notwendigkeit der Weckung der Wiedergutmachungsgesinnung in dem Täter dann unverändert weiter, wenn der durch die Straftat verletzte Kläger in dem Zivilprozeß etwa aus Furcht vor dem Täter oder auch aus Unkenntnis der Verfahrensnormen, Scheu vor dem Gericht etc. es versäumt hat, seinem materiell gerechtfertigten Schadensersatzanspruch zum Siege zu verhelfen, so, wenn er etwa ein klagabweisendes Versäumnisurteil hat rechtskräftig werden lassen. Das kann doch nicht zu einer "strafrechtlichen Privilegierung" des Täters führen dürfen! Im Gegenteil, in diesen Fällen erscheint es kriminalpolitisch in ganz besonderem Maße erforderlich, den Verurteilten von der Notwendigkeit der Schadenswiedergutmachung zu überzeugen, ja, ihm u.U. durch die mit einer entsprechenden Auflage verbundene ernste Drohung mit dem Widerruf der Strafaussetzung erst einmal das Hochgefühl zu nehmen, er habe (zivilrechtlich) "ungestraft" gesündigt, gewissermaßen der Rechtsordnung ein Schnippchen geschlagen. Die materiellrechtlich gerechtfertigte Wiedergutmachungsaufgabe darf an derartigen prozessualen Zufälligkeiten, die durch den Parteibetrieb und die Verhandlungsmaxime des zivilprozessualen Ver-

24) Sollte dies aus einer gegenüber dem Täter unangebrachten allzugroßen Milde oder Gleichgültigkeit geschehen, so hat das Gericht ja immer noch die Möglichkeit, die Vereitelung dieser kriminalpolitischen sinnvollen Maßnahme auf andere Weise, etwa durch Spenden- oder Arbeitsauflagen, insbesondere aber durch Auflagen nach Art der in § 77 I S. 2 Nr. 5 E 1958 genannten auszugleichen. --- Zu der letzteren Auflage vgl. oben S. 141 Anm. 11.

fahrens bedingt sind, nicht scheitern. Der sich aus der Auflage für den Geschädigten faktisch ergebende (prozessuale) Vorteil ist als reine Nebenfolge der in der Resozialisierungsbedürftigkeit des Täters begründeten Maßnahme unbedenklich vertretbar.

Aus alledem ergibt sich, daß der Strafrichter bei der Anordnung der Wiedergutmachungsaufgabe an ein (ganz oder teilweise) klagabweisendes rechtskräftiges Zivilurteil nicht gebunden sein kann, und daß ein solches, wenn es der Auflage nachfolgt, daher auch auf deren rechtlichen Bestand keine Wirkung ausübt ²⁵⁾. Demgegenüber kann auch der von B a u r ²⁶⁾ vorgetragene Gesichtspunkt des "Schwerpunkts der Entscheidungszuständigkeit" zu keinem anderen Ergebnis führen, soll nicht gleichzeitig das Institut der strafrechtlichen Wiedergutmachungsaufgabe wenigstens teilweise entwertet werden. Das hier gefundene Ergebnis -- Bindung des Auflagenrichters an das materielle Zivilrecht, aber Entscheidungsfreiheit gegenüber widersprechenden Zivilurteilen -- entspricht auch der wohl herrschenden Auffassung ²⁷⁾. -- Die Bindungsfreiheit des Strafrichters schließt freilich nicht aus, daß dieser -- vorausgesetzt, daß der Resozialisierungszweck der Auflage auch so zu erreichen ist -- namentlich in zivilrechtlich schwierig zu beurteilenden Situationen dem Verurteilten auferlegen kann, den Schaden ganz oder bis zu einer bestimmten Höhe wiedergutzumachen, die Bestimmung der Schadenshöhe aber der Vereinbarung der Beteiligten oder dem Zivilprozeß überlassen kann. In keinem Falle aber darf der Strafrichter rechtlich gehindert sein, bei seiner Auflagenentscheidung nachzuprüfen, ob ein etwa vorliegendes rechtskräftiges Zivilurteil auch mit der materiellen (bürgerlichen) Rechtslage im Einklang steht.

25) In solchen Fällen wird freilich kriminalpolitisch meist eine Aufhebung der getroffenen Wiedergutmachungsanordnung, gegebenenfalls unter Ersetzung durch andere Auflagen, sinnvoll sein. Sie steht im Ermessen des Richters.

26) a.a.O., 345 f.

27) Vgl. besonders deutlich Schönke - S c h r ö d e r § 24 Anm. II 3 a, ferner B a u m a n n GA 1958, 197 Anm. 28.

2. Abschnitt:

Auflagen, die sich auf Ausbildung, Arbeit, Freizeit oder Ordnung der wirtschaftlichen Verhältnisse beziehen; insbesondere die Problematik des Berufsverbots.

I.

Unter den Auflagen, die sich auf Ausbildung, Arbeit, Freizeit oder Ordnung der wirtschaftlichen Verhältnisse beziehen ²⁸⁾, sind bisher im wesentlichen folgende bekannt geworden:

Der Verurteilte wird angehalten, einer ordentlichen, möglichst der Berufsausbildung entsprechenden Arbeit nachzugehen und dem Gericht halbjährlich darüber zu berichten ²⁹⁾. Der Verurteilte soll sich ausschließlich der beabsichtigten Berufsausbildung widmen, oder, falls diese aus irgendeinem Grunde nicht durchführbar sein sollte, einer geregelten Arbeit nachgehen ³⁰⁾.

Dem Probanden kann weiterhin aufgegeben werden, einen bestimmten Arbeitsplatz anzunehmen, den Arbeitsplatz nicht ohne Genehmigung des Gerichts zu wechseln ³¹⁾ oder vor Antritt eines Arbeitsurlaubs die Genehmigung des Richters oder Bewährungshelfers einzuholen. Vorzugsweise für jugendliche "Delinquenten aus Langeweile" könnte sich in bestimmt gelagerten Ausnahmefällen auch die Weisung eignen, in Abendkursen an der Volkshochschule eine zusätzliche Ausbildung zu suchen ³²⁾. Hingegen dürfte die Auflage, geregelter Arbeit nachzugehen ³²⁾, in dieser Form regelmäßig zu unbestimmt sein, weil der Nachweis der Umgehung dieser Auflage gegenüber den vielfachen Ausreden arbeitsscheuer Verurteilter mit einer für den Widerruf der

28) Vgl. § 24 I S. 2 Nr. 2 StGB, § 10 I Nr. 3, 4 JGG, § 78 I S. 2 Nr. 1 E 1958.

29) BGH StE 207/52, Beschl. v. 21.5.1955 bei KM § 268 a Anm. 3 a.

30) KM a.a.O.

31) Vgl. W a h l BewH 1954, 13 Fußn. 11.

32) Vgl. M e n g BewH 1954, 71 ff., 76.

Strafaußsetzung ausreichenden Sicherheit praktisch nie zu führen sein wird. -- Alle diese Auflagen, die auch bei der bedingten Entlassung aus der Sicherungsverwahrung oder Trinkerheilanstalt oder als jugendrichterliche Weisungen in Frage kommen, sind in rechtlicher Hinsicht grundsätzlich wenig problematisch ^{32a)}.

II.

Zu den umstrittensten rechtlichen Fragen im Bereich des gesamten Auflagenrechts gehört dagegen die Problematik der Zulässigkeit eines Berufsverbots ³³⁾. Unter "Berufsverbot" ist dabei zu verstehen die ganze oder auf einen wesentlichen Teilbereich beschränkte Untersagung der Berufsausübung, also beispielsweise nicht die Auflage an einen Friseur, Kinder nur zu bestimmten, von Erwachsenen gut besuchten Geschäftsstunden zu bedienen ³⁴⁾, wohl aber die Auflage, keine weiblichen Lehrlinge zu halten ³⁵⁾, keine Reise- oder Wandertätigkeit auszuüben oder kein eigenes Geschäft zu führen ³⁶⁾, bis hin zu den Auflagen, den Beruf des Kellners, Croupiers oder Altwarenhändlers aufzugeben, in denen der kriminell anfällige Verurteilte besonders gefährdet ist.

1.) Die Diskussion um die Zulässigkeit des Berufsverbots im Auflagenwege, die zunächst durch die Entscheidung des OLG Hamm in NJW 1955,34 ³⁷⁾ zu einem vorläufigen Abschluß gelangt war ³⁸⁾, wurde durch BGHSt. 9,258 erneut entfacht. In dieser Entscheidung hatte der BGH die Auflage an den Verurteilten, sich

32 a) Vgl. auch S t r e e , a.a.O., S.173 f.

33) Sh. bereits oben im 3. Kap. unter I 2 a!

34) Vgl. BGH 3 StR 262/54 bei Bruns GA 1956,210.

35) Vgl. BGH bei Herlan MDR 1954,529 (als Sicherungsmaßregel nach § 42 I!). Anders S t r e e , a.a.O., S. 174, der eine solche Auflage noch als "Regelung der Berufsausübung" ansieht.

36) Vgl. S c h u l t z BewH 1957,28 f. aus der Schweizer Rechtsprechung.

37) = (ausführlicher) VRS 7,50 = JMBI. NRW 1954,287.

38) Vgl. die Nachweise oben S.104 Anm. 38.

während der Bewährungszeit von politischer Nachrichtentätigkeit fernzuhalten, für zulässig erklärt und darüber hinaus in den Gründen ausgesprochen, der Auflagenrichter habe bei der Verhängung von Berufsverböten ganz allgemein erst an der Grenze des einschneidenden, unzumutbaren Eingriffs in die Lebensführung des Verurteilten (§ 305 a I S. 2 StPO) haltzumachen. Der BGH führte dazu weiter aus, das Gesetz lasse dem Richter bei der Anordnung von Auflagen freie Hand; sein Ermessen werde nur begrenzt durch die Vorschrift des § 305 a I S. 2 StPO. Sehe man, wie es notwendig sei, auf den Zweck der Auflagen, so müßten die in § 24 I S. 2 Nr. 2 StGB genannten "Weisungen, die sich auf die Arbeit beziehen" sowohl die Frage: selbständige oder unselbständige Arbeit? als auch -- insbesondere bei selbständiger Tätigkeit -- die Art derselben, auch die Berufsart, betreffen. Wenn der Verurteilte sich gegenüber den Versuchungen krimineller Natur, die sein Beruf mit sich bringt, anfällig zeige, so könne es im Hinblick auf die angestrebte Wiedereingliederung auch sinnvoll sein, ihm durch die Auflage für eine bestimmte Zeit eine weitere Tätigkeit in diesem Berufe zu untersagen. Die Auffassung des OLG Hamm, das Berufsverbot sei ausschließlich in § 42 I StGB geregelt und dürfe nur unter den dort angegebenen Voraussetzungen verhängt werden, lehnte der BGH mit der Begründung ab, diese entbehre einer gesetzlichen Grundlage.

Die angeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofs wurde in der Folgezeit von Dreher³⁹⁾, Jagusch⁴⁰⁾, Kleinknecht⁴¹⁾, Lange⁴²⁾, Reiche⁴³⁾, Schäfer^{43a)}, Schnitzerling⁴⁴⁾,

39) Dreher-Maaßen § 24 Anm. 1; so übrigens auch schon in der 2. Aufl. (1956), ebd.

40) Anm. zu LM Nr. 3 zu § 24 StGB (= BGHSt. 9,258)

41) KM § 268 a Anm. 3 a

42) Kohlrausch-Lange § 24 Anm. III 2, 3 b

43) DRiZ 1957,306 (obiter dictum)

43 a) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, a.a.O., S. 25.

44) MDR 1957,202; Prakt. Bewährungshilfe, S. 36; RdJ 1958,347.

Schul tz 45), Schwarz 46) und endlich We l -
z e l 46a) gebilligt, während sie von Baumann 46b),
Bruns 47), Doerner 48), Heinitz 49),
Hellmer 49a), Lang-Hinrichsen 49b),
Maurach 50), Müller 51), Niese 52),
Peters 53), Schaffstein 54) und Schrö -
der 55) bis heute Ablehnung erfahren hat. Grundsätzlich
richtig ist dabei zunächst der Einwand von Peters 53a),
der seinerzeit vom BGH zu entscheidende Fall des Nachrichten-
agenten habe zu der Aufstellung eines derartig weittragenden
Leitsatzes keine Veranlassung gegeben, weil es sich dabei um
einen Beruf gehandelt habe, der weder durch die verfassungs-
rechtliche Garantie des Art. 12 GG noch durch die strafrechtliche
des § 42 I StGB geschützt sei. Umso gewichtiger erscheint der
dennoch ausgesprochene Leitsatz -- zumal sich der Bundesgerichts-
hof im allgemeinen klugerweise mit der konkreten Entscheidung
des jeweils zur Beurteilung stehenden Falles begnügt!

45) a.a.O.

46) StGB, § 24 Anm. 1 A b

46 a) Lb., S. 212

46 b) Lb., a.a.O., S. 569

47) GA 1956,211 ff.; 1959,222 ff., insbes. 226; ferner NJW
1959,1397.

48) Kroschel-Doerner, Die Abfassung der Urteile in Strafsachen,
19. Aufl., a.a.O., S. 132.

49) ZStrW 70,14

49 a) StrAJug., S. 78 f.

49 b) Gutachten, S. 89

50) Lb. I, S. 642

51) KM § 305 a Anm. 3 a

52) JZ 1957,709

53) KrimSt. 192 ff.; JZ 1957,64 ff. (= Anm. zu BGHSt. 9,258)

53 a) a.a.O.; ebenso Stree, a.a.O., S. 182

54) Jugendstrafrecht, S. 71

55) Schönke-Schröder § 24 Anm. II 2 a und insbes. 3 b

2 a) Von den gegen die Zulässigkeit der Berufsverbotsauflage selbst vorgetragenen Einwendungen ist diejenige der "Sperrwirkung" des § 42 I StGB bereits widerlegt worden; insoweit kann auf das oben im 3. Kapitel ⁵⁶⁾ Ausgeführte verwiesen werden ⁵⁷⁾.

b) Dieses Ergebnis, daß die mit der kriminalpolitischen Neuorientierung des Gesetzgebers eingeführte Gleichberechtigung des Resozialisierungszwecks die Anordnung eines Berufsverbots auch jenseits der Voraussetzungen des § 42 I StGB erlaubt, hat noch eine andere, methodisch äußerst bemerkenswerte Auswirkung. Wenn man nämlich ein spezialpräventives Berufsverbot als einen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit ansieht ⁵⁸⁾, dann kommt es nach Ablehnung der unhaltbaren Theorie von der "begrenzenden Wirkung der Strafe" ⁵⁹⁾ entscheidend darauf an, ob der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 II GG in rechtsgültiger Weise ausgefüllt ist, ob also die (einfache) Gesetzgebung hinreichend deutlich von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht hat. Wenn es so wäre, daß § 24 I S. 2 Nr. 2 StGB mit der Umschreibung "Weisungen" die sich auf ... (die) Arbeit beziehen" " n u r d i e A r t u n d W e i s e " ⁶⁰⁾ der Berufsausübung" betreffen würde ⁶¹⁾, -- und das müßte man bei Anerkennung einer "Sperrwirkung" des § 42 I StGB annehmen --, dann müßte ein Berufsverbot nach dem oben Dargelegten ⁶²⁾ als "unbenannte" Auflage schon an Art. 12 I GG rechtlich scheitern. An dieser Stelle wird das

56) a.a.O. unter I 2 a

57) Es kann P e t e r s , a.a.O. auch nicht zugegeben werden, das Berufsverbot verfehle als "hemmende Maßnahme" stets den gesetzlichen Wiedereingliederungszweck. Denn der Wiedereingliederungsgedanke darf m.E. nicht bloß einseitig betrachtet werden. Die Gefahr, daß der Täter infolge Beibehaltung der günstigen Gelegenheit wieder straffällig wird, ist für seine Wiedereingliederung mindestens ebenso groß wie die andere, daß er durch das Berufsverbot in seiner Lebenstätigkeit gehemmt ist. Im übrigen gibt ja § 24 II S. 2 StGB eine gewisse Sicherung.

58) Vgl. näher unten unter c!

59) Vgl. oben im 2. Kap. unter I A 1 b.

60) Hervorhebung von mir.

61) So OLG Hamm NJW 1955,34.

62) Vgl. oben im 2. Kap. unter I A 2.

Ineinandergreifen der im 1. Hauptteil der vorliegenden Untersuchung dargestellten großen rechtlichen Prinzipien besonders deutlich.

c) Der Einwand der Grundrechtswidrigkeit ist freilich dann noch nicht entkräftet, wenn man mit S c h r ö d e r ⁶³⁾ -- wie wohl notwendig -- nicht von § 24 StGB, sondern von Art. 12 GG aus an die Auflage des Berufsverbots herangeht und behauptet, der Gesetzesvorbehalt in Art. 12 II "lasse für einen solchen Eingriff keinen Raum". Dieser Auffassung kann nun freilich kaum entgegengehalten werden, ein Berufsverbot -- sei es nach § 42 I oder nach § 24 StGB -- hindere in jedem Fall den Täter nur an einem weiteren Mißbrauch des Grundrechts der Berufsfreiheit, halte ihn also nur an dem grundrechtlichen Ausgangspunkt seiner störenden Handlungsweise fest ⁶⁴⁾. Denn während im Falle des § 42 I die Straftat und mit ihr auch die zukünftige Gefährlichkeit des Täters mit der gewöhnlichen (!) Ausübung des betreffenden Berufs oder Gewerbes in einem inneren (!) Zusammenhang stehen muß ⁶⁵⁾, darf dies bei der Anordnung der entsprechenden Auflage gerade nicht der Fall sein, weil diese sonst als die gegenüber der Maßregel subsidiäre Maßnahme ⁶⁶⁾ überhaupt nicht zum Zuge käme.

Die hier zu beantwortende Frage geht jedoch dahin, ob ein Berufsverbot aus e r z i e h e r i s c h e n Gründen mit dem Grundrecht des Art. 12 I S. 1 GG vereinbar ist. Dies wird von S t r e e ⁶⁷⁾, der sich, soweit ersichtlich, bisher als einziger mit dieser Problematik eingehender befaßt hat, aus folgenden Erwägungen verneint: Es sei mit BVerfGE 7,377 ff. davon auszu-

63) Schönke-Schröder § 24 Anm. II 3 b; vgl. ferner M a u - r a c h , a.a.O.; dazu neuerdings v.a. S t r e e , a.a.O., S. 174 ff.

64) Vgl. oben a.a.O. unter 1 a.

65) Vgl. BGH bei Dallinger MDR 1952,146; unstr.

66) Vgl. oben im 3. Kap. unter I 1, II 3 a.

67) a.a.O., S. 174 ff., insbes. 178 ff.

gehen, daß dem Einzelnen bei der Berufswahl und ihrer Verwirklichung, der Berufsaufnahme, größere Freiheiten zustehen müssen als bei der unter dem Vorbehalt des Gesetzes stehenden Berufsausübung. So umfasse zwar die Regelungsbefugnis nach Art. 12 I S. 2 GG die Berufswahl, ziehe jedoch engere Grenzen als bei der Regelung der Berufsausübung. Die Freiheit der Berufsausübung könne beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen, die Freiheit der Berufswahl hingegen nur, soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordere. Soweit die letztere in Rede stehe, sei zwischen subjektiven und objektiven Voraussetzungen der Berufsaufnahme zu unterscheiden. Regelungen durch Aufstellung subjektiver Voraussetzungen, d.h. solcher, die der Berufswillige nach seinem freien Entschluß erfüllen könne, die m.a.W. seiner Gestaltungsmacht zugänglich seien, sollen zulässig sein, sofern sie zu dem angestrebten Zweck der ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen. Strengere Anforderungen seien an die objektiven Voraussetzungen, also diejenigen zu stellen, die mit der persönlichen Qualifikation des Berufswilligen nichts zu tun haben, und auf die er keinen Einfluß nehmen kann. Insoweit werde i.a. nur die Abwehr schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diesen Eingriff in die freie Berufswahl legitimieren können; der Zweck der Förderung sonstiger Gemeinschaftsinteressen reiche nicht aus, auch wenn solche Ziele im übrigen gesetzgeberische Maßnahmen rechtfertigen würden. Für die Frage nach der Zulässigkeit eines auflagenweisen Berufsverbots komme es somit entscheidend darauf an, ob das Verbot sich auf subjektive oder objektive Voraussetzungen in diesem Sinne gründe. Hier könne unterschieden werden zwischen Berufsverbotsauflagen, die zu dem Zweck erteilt würden, den Verurteilten vor Einflüssen zu bewahren, die sich auf sein außerberufliches Verhalten nachteilig auswirken könnten, und solchen, die ausgesprochen würden, um den Verurteilten zur späteren zuverlässigen Ausübung seines Berufs zu erziehen. Beide Arten von Berufsverbots-Auflagen könnten nicht als subjektive Zulassungsvoraussetzungen verstanden werden, die ersteren nicht, weil sie mit der beruflichen Qualifikation als solcher nichts zu tun hätten und damit in keinem Verhältnis zu einer ordnungs-

gemäßen Erfüllung der Berufstätigkeit stünden, die letzteren nicht, weil sie die Regelung nicht der gegenwärtigen, sondern nur zukünftiger Anforderungen einer ordnungsgemäßen Berufstätigkeit zum Ziele hätten. Unter "subjektiven Berufsvoraussetzungen" iS der Rspr. des BVerfG könne aber nur die Regelung der gegenwärtigen Berufsanforderungen gemeint sein. Hinzu komme, daß in diesen Fällen die Voraussetzungen für das Fortsetzen der Berufstätigkeit nicht dem Willensbereich des Verurteilten unterliege, sondern vom Ermessen des Strafrichters abhängig sei. Die Verfassungsmäßigkeit des Berufsverbots als Auflage richte sich mithin nach den Maßstäben für objektive Voraussetzungen. Da sein Zweck, den Verurteilten einem sozialgemäßen Leben zuzuführen, nicht als Abwehr der vom BVerfG geforderten schweren Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gewertet werden könne, sei eine solche Auflage dementsprechend als unzulässig anzusehen. Ein Berufsverbot dürfe somit nicht mittels einer Bewährungsauflage ausgesprochen werden.

Den Ausführungen von S t r e e ist in ihrem Ausgangspunkt beizutreten. Es ist sicherlich richtig, daß der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I S. 2 GG nur solche Regelungen deckt, welche die Berufsaufnahme von subjektiven Zulassungsvoraussetzungen abhängig machen. Dies scheint mir jedoch entgegen S t r e e bei einem gem. § 24 I S. 2 Nr. 2 StGB aus erzieherischen Gründen angeordneten Berufsverbot nicht ausgeschlossen zu sein. Zuzugeben ist S t r e e freilich, daß das Berufsverbot als Resozialisierungsmittel nicht in gleichem Maße unmittelbar auf die Anforderungen des betreffenden Berufs abstellt wie beispielsweise der Nachweis der rein fachlichen Qualifikation durch Ablegung bestimmter Prüfungen. Man wird jedoch den Satz, wer den Anforderungen eines Berufes nicht gewachsen sei, habe kein Recht, diesen Beruf zu ergreifen oder die Berufstätigkeit fortzusetzen ^{67a)}, nicht zu eng auslegen dürfen. Freiheit der Berufswahl bedeutet ja, wie S t r e e ^{67b)} richtig ausführt, nicht das Recht, beruflich

67 a) So zutr. S t r e e , a.a.O., S. 176.

67 b) a.a.O.

jede Tätigkeit ohne Rücksicht auf seine Mitmenschen vorzunehmen. Der Berufsfreiheit ist vielmehr eine Sozialbindung immanent. Mit Rücksicht hierauf erscheint es m.E. gerechtfertigt, auch eine gewisse Widerstandsfähigkeit gegenüber Versuchungen krimineller Natur, die der Beruf mit sich bringt, zu den beruflichen Anforderungen in diesem Sinne zu rechnen. -- Auch das weitere Bedenken, von einer "subjektiven Voraussetzung" könne im Falle der Auflage eines Berufsverbots nicht die Rede sein, weil es nicht der Verurteilte in der Hand habe, die Voraussetzungen für eine Fortsetzung der Berufsausübung zu schaffen, erscheint mir nicht unüberwindlich. Freilich hängt es theoretisch nicht vom Willen des Verurteilten, sondern allein vom Ermessen des Richters ab, ob und wann die einmal erteilte Auflage aufgehoben werden wird. Das Ermessen des Richters ist jedoch durch die gesetzliche Zwecksetzung der Auflagen gebunden; eine Resozialisierungsaufgabe ist daher aufzuheben oder doch durch eine entsprechende, weniger einschneidende andere Maßnahme zu ersetzen, sobald sie im Interesse der Wiedereingliederung des Verurteilten nicht mehr unabdingbar notwendig erscheint. Darauf aber kann der Verurteilte -- und er sogar vor allem -- Einfluß nehmen, indem er für eine Veränderung seiner persönlichen Verhältnisse sorgt, derart, daß die ursprünglich bestehende Befürchtung seiner kriminellen Gefährdung bei weiterer Ausübung seines Berufs soweit ausgeräumt erscheint, daß die Auflage des Berufsverbots nicht mehr aufrechterhalten zu werden braucht. Daß dies in der Mehrzahl der Fälle auf erhebliche praktische Schwierigkeiten stoßen dürfte, ist zwar nicht zu verkennen, jedoch ist auf der anderen Seite zu bedenken, daß ja etwa auch die Ablegung einer best. Prüfung, die ja unzweifelhaft zu den "subjektiven" Voraussetzungen im Sinne des Art. 12 I GG gehört, durchaus nicht ausschließlich vom Willen des Berufswilligen abhängig ist. In den hier in Rede stehenden Fällen kommt hinzu, daß ja der Verurteilte durch seine strafbare Handlung seine Lage selbst verschuldet hat; somit dürften ihm auch hinsichtlich deren Beseitigung größere Anstrengungen zuzumuten sein.

Im Endergebnis muß daher die Auflage, einen bestimmten Beruf während der ganzen Bewährungszeit oder während eines

bestimmten Teils derselben überhaupt nicht oder doch nur in einer näher bezeichneten, eingeschränkten Form auszuüben, grundsätzlich als zulässig angesehen werden ^{67c)}.

3. Abschnitt

Geldzahlungen als Auflagen.

Unter allen Auflagen, welche die Gerichte im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung verhängen, nimmt die den traditionellen Reaktionsmitteln (insbesondere auf fahrlässige Straftaten) unzweifelhaft am nächsten verwandte Auflage einer Geldzahlung in irgendeiner Form den ersten Rang ein. Dies hat in gewissen Grenzen auch seinen guten kriminalpolitischen Sinn. In vielen Fällen muß dem Verurteilten "aus Schulderwägungen oder aus kriminalpolitischen Gründen seine Verurteilung fühlbar gemacht werden" ⁶⁸⁾, und dieser selbst wird sich die gewissermaßen "therapeutisch neutrale" ^{68a)} Geldauflage auch gefallen lassen und zu Herzen nehmen, während er den in den meisten anderen Auflagen enthaltenen "moralischen Vorwurf der Resozialisierungsbedürftigkeit" ⁶⁹⁾ als der einmalig abgeglittene, ansonsten aber "anständige Bürger am Steuer" (innerlich) weit von sich weisen würde. Dies gilt in einem begrenzten Rahmen auch im Jugendkriminalrecht.

67 c) Zu Berufsbeschränkungen als "unselbständigen", d.h. solchen Auflagen, durch die der Verurteilte zur Erfüllung einer bereits bestehenden gesetzlichen Pflicht angehalten wird, sh. im übrigen zutr. S t r e e , a.a.O., S. 181 f. und allg. S. 139. -- So ist es zulässig, einem Unterhaltspflichtigen aufzugeben, einen Beruf zu ergreifen, der ihn in die Lage versetzt, seiner Unterhaltspflicht zu genügen etc.

68) Amtl. Begr., S. 76

68 a) Vgl. auch P e t e r s , Grundprobleme der Kriminalpädagogik, Berlin 1960, S. 332.

69) Vgl. B o c k e l m a n n , Strafe und Erziehung, in: Festschrift für Julius v. Gierke, Berlin 1950, S. 30 f.; P r e i s e r , Das Recht zu strafen, in: Festschrift für Edmund Mezger, München und Berlin 1954, S. 74; ferner v. S c h e n c k NJW 1959, 1814 und auch L a n g - H i n -

Die Vorliebe der AufLAGengerichte für solche Maßnahmen -- oder sollte es ein durch das bisherige Fehlen sicherer kriminalpolitischer und rechtlicher Grundlagen bedingtes Zögern vor individuellerer Behandlung des Täters sein?! -- geht darüber hinaus leider so weit, daß die Gerichte vielfach dem allenthalben zu Recht beklagten AufLAGenschematismus ⁷⁰⁾ ausgerechnet in der Weise abzuhelpfen suchen, daß sie die in den §§ 24 I S. 2 Nr. 5 StGB, 15 I Nr. 3 JGG ausdrücklich aufgeführten AufLAGenbeispiele auf mannigfache Weise abwandeln, um auch sie mit einem erzieherischen Mantel zu umkleiden. Diese Wege beschreitet offenbar heute z.B. die Nürnberger Praxis, wo man von AufLAGen hört, eine Ehefrau, die abgetrieben hatte, müsse für ihre (noch zu erwartenden?!) Kinder künftig Sparkonten mit je 100.-- DM anlegen, über die sie 5 Jahre lang nicht verfügen dürfe ⁷¹⁾, oder von der AufLAGe an einen Verurteilten, der im Rausch zusammen mit zwei Zechkumpanen aus einem Garten zwecks "Versilberung" einen alten eisernen Ofen gestohlen hatte, für seine beiden Kinder je ein Sparkassenbuch in Höhe von 100.-- DM mündelsicher anzulegen ^{72) 73)}. Mit GeldaufLAGen in aller möglichen Form glaubt man anscheinend heute das Allheilmittel gefunden zu haben, allen Zwecken der "dritten Spur" in einer "kriminalpolitisch harmlosen" und darum auch "rechtlich ungefährlichen" Weise gerecht werden zu können. -- Es ist hier nicht der Ort, dagegen kriminalpolitische Bedenken anzumelden. Diese einleitenden Bemerkungen

r i c h s e n , Betrachtungen zur Strafrechtsreform, S. 67 f., in: Grundfragen der Strafrechtsreform, Paderborn, o.J. (1959) (Schriftenreihe der Arbeitsgem. katholisch-sozialer Bildungswerke in der BRD).

70) Vgl. oben in der Einleitung unter 2.

71) Dem Verfasser aus zuverlässigen (leider nur mündlichen) Berichten bekannte BewährungsaufLAGe des LG Nürnberg aus den Jahren 1958/59.

72) Vgl. Erlanger Tagblatt v. 12.3.1959 (Nr. 59): "Kinder kommen durch Ofen zu Sparkonten".

73) Diese neue Nürnberger Praxis hat allerdings dem Anschein nach in erster Linie eine "familienfreundliche" Einstellung als kriminalpolitischen Hintergrund, wie auch aus der AufLAGe hervorgeht, die Geliebte zu verlassen und zu der eigenen Familie zurückzukehren (LG Nürnberg NJW 1959, 1451).

sollen nur dazu dienen, die praktische Bedeutung der Geldauflagen -- mag man sie begrüßen oder nicht -- herauszustellen, die bereits als solche die Notwendigkeit der dogmatischen Durcharbeitung dieser Materie rechtfertigen sollte.

I.

Daß selbst die in den Katalogen der §§ 24 StGB, 15 JGG ⁷⁴⁾ ausdrücklich aufgeführte Auflage der Zahlung eines Geldbetrages zugunsten einer gemeinnützigen Organisation in rechtlicher Hinsicht durchaus nicht unproblematisch ist, wurde von Rechtsprechung und Lehre in den letzten Jahren in zunehmendem Maße erkannt. Die Schwierigkeiten liegen hier nicht etwa darin, festzustellen, was als "gemeinnützige Organisation" im Sinne der gesetzlichen Vorschriften anzusprechen sei ⁷⁵⁾, als vielmehr in der höhenmäßigen Limitierung der "an sich" unzweifelhaft gesetzmäßigen Maßnahmen. So befürchtet B a u m a n n ⁷⁶⁾, die Spendenauflage führe zu einer "Quasigeldstrafe ohne die Sicherungen der §§ 27 ff. StGB und ohne Bindung an die Höchststrafe". Ebenso meint B r u n s ⁷⁷⁾, die Steigerung der Auflagen der Höhe nach dürfe nicht unbegrenzt erfolgen, wenn nicht die Limitierung der Geldstrafe sinnlos werden solle; er ist dabei der Gefolgschaft von Armin K a u f m a n n ⁷⁸⁾ sicher. G a l l a s fürchtet die Gefahr des Mißbrauchs und die Einführung einer (neuen) Geldstrafe ⁷⁹⁾, und auch das OLG Saarbrücken ⁸⁰⁾ nennt die überhöhte Spendenauflage eine "verdeckte Strafe". -- Wo liegen hier die Grenzen?

74) Vgl. auch § 77 I S. 2 Nr. 4 E 1958.

75) Sh. dazu ausführlich P o t r y k u s UJ 1954, 278 ff.

76) GA 1958, 198 u. Anm. 32

77) GA 1956, 210 f.; 1959, 223, 225.

78) JZ 1958, 298 Anm. 17

79) Die Bemerkung von Hellmuth v. W e b e r, Referat, S. 24, die Zahlung eines Geldbetrages sei im Grunde eine andere Form der Geldstrafe und entspreche ihr in ihrem Übelscharakter, gehört nicht ohne weiteres hierher.

80) NJW 1958, 722.

Die erste, in der Folgezeit allgemein anerkannte und gebilligte Entscheidung, die sich mit dieser Frage befaßte, ist die des OLG Stuttgart in NJW 1954,522. Danach ist eine zahlenmäßige Begrenzung des Geldbetrages, dessen Zahlung dem Verurteilten nach § 24 I S. 2 Nr. 5 StGB zur Auflage gemacht werden kann, im Gesetz nicht vorgesehen. Insbesondere ergebe sich eine solche bei Übertretungen nicht aus dem gesetzlich festgelegten Höchstbetrage der Geldstrafe, weil dieser die Gerichte nur bei der Festsetzung eben einer Geldstrafe binde. Beim Schweigen des Gesetzes aber sei die Höhe der im Zusammenhang mit der Strafaussetzung zur Bewährung zu erteilenden Zahlungsauflage lediglich begrenzt durch den Zweck der Auflage einerseits und durch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verurteilten andererseits. -- Diese groben Leitsätze wurden durch einige ausgesprochen gut begründete Entscheidungen näher exemplifiziert: Mit der Begrenzung der Spendenauflage *n a c h u n t e n* befaßte sich das OLG Hamm in der durchweg gebilligten Entscheidung in VRS 12,61. Dort hatte ein lediger, bei den Eltern wohnender Schreinerergeselle mit einem Monatsverdienst von 280,-- DM grob fahrlässig einen Verkehrsunfall verschuldet, bei dem ein Mensch getötet wurde. Das Gericht setzte die fünfmonatige Gefängnisstrafe zur Bewährung aus unter der Auflage, in zehn monatlichen Raten insgesamt 1.000,-- DM an das Rote Kreuz zu zahlen. Die Beschwerde des Angeklagten wurde vom Senat mit der bemerkenswerten Begründung verworfen, daß unter der (im entschiedenen Fall gegebenen) Voraussetzung der Wahrung des Existenzminimums bei der Bestimmung der Auflagenhöhe nicht nur die Lebensverhältnisse des Verurteilten, sondern auch die Schuld, die dieser durch die Tat auf sich geladen habe, und deren Folgen zu berücksichtigen seien, wenn das allgemeine Sühnebedürfnis schon die Nichtverbüßung der Strafe hinnehmen müsse⁸¹⁾. -- Die juristisch noch weitaus bedeutsamere Frage der höhenmäßigen Begrenzung der Geldbußauflage *n a c h o b e n* ist durch eine Entscheidung des LG Koblenz⁸²⁾

81) Vgl. in diesem Zusammenhang auch neuerdings (grundsätzl. zutr.) OLG Nürnberg GA 1959,157.

82) DAR 1957,236

und v.a. durch die sehr sorgfältige und in jeder Hinsicht zutreffende Begründung des OLG Saarbrücken ⁸⁰⁾ heute wohl als geklärt zu bezeichnen. Die vorliegende Arbeit kann sich daher darauf beschränken, sie referierend darzulegen. Die Spendaufgabe darf keine verdeckte Geldstrafe sein. Denn der auf der Strafaussetzung zur Bewährung beruhenden Auflage liegt eine andere Zielsetzung zugrunde als jener, welche nicht ausschließlich, aber v.a. Zwecke der Sühne und der Allgemeinabschreckung verfolgt. Demgegenüber dient die Auflage dazu, die Zwecke der Strafaussetzung zur Bewährung zu unterstützen. Die Auflage soll dazu mithelfen, daß der Verurteilte unter der Einwirkung der Strafaussetzung in Zukunft ein geordnetes und gesetzmäßiges Leben führen werde. Abschreckung des Verurteilten vor weiteren Straftaten und Wiedereingliederung in das soziale Leben bestimmen also den erzieherischen Inhalt der Auflage. Geht die Auflage, -- deren untere Grenze im Übrigen, wie wir hinzufügen müssen, durch das Sühnebedürfnis der Allgemeinheit gezogen ist -- nach oben über diese spezialpräventive Zweckgebundenheit hinaus, legt sie also in diesem (durch die Sühne nach unten begrenzten) Rahmen dem Verurteilten mehr auf, als erforderlich ist, daß er in Zukunft unter der Einwirkung der Strafaussetzung ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben führen werde, dann ist sie gesetzwidrig. Denn es gehört zu den vornehmsten Grundsätzen des Strafrechts, daß nur das kriminalpolitisch Notwendige gerecht ist. Das Strafrecht mit seinen Strafen, Maßregeln und Auflagen stellt einen so schwerwiegenden Eingriff in die Individualsphäre des Betroffenen dar, daß alles vermieden werden muß, was über das unabdingbar Notwendige hinausgeht. Es ist daher auch nicht zulässig, die Geldbuße von vornherein in eine feste Relation zu den Einkommensverhältnissen des Verurteilten zu bringen, wenn der Zweck der Spezialprävention und Resozialisierung durch eine erheblich geringere Geldbuße erreicht werden kann. Dies ist aber in der Regel der Fälle so. Die Erfahrung lehrt, daß die subjektive Wertschätzung des Geldes, hier also das subjektive Fühlbarwerden der Geldbuße, keineswegs in demselben Maße abnimmt, wie das Einkommen steigt. Dieses subjektive Fühlbarwerden ist es aber, was neben dem Unrechtsgehalt der Tat die Höhe der Auflage bestimmt. Dabei ist, wie das OLG Saarbrücken weiterhin richtig

ausführt, auch die spezialpräventive Wirkung anderer, neben der Auflage verhängter Maßnahmen, wie etwa der Entziehung der Fahrerlaubnis in Rechnung zu stellen. Wollte man anders verfahren, so würde nicht nur die Geldbuße tatsächlich eine versteckte Strafe sein, sondern bei einer Überspannung der Zahlungsaufgabe würde auch die Gefahr heraufbeschwoeren, daß der Verurteilte die Verbüßung der Freiheitsstrafe gegenüber der Erfüllung der Auflage als das kleinere Übel empfinden und den "Verzicht" auf die Strafaussetzung als reich rentables Geschäft betrachten würde. -- Dieser letztere, vom LG Koblenz ⁸²⁾ besonders hervor gehobene Gesichtspunkt deutet im übrigen zugleich die Notwendigkeit an, die Höhe der Auflage zu der der ausgesetzten Freiheitsstrafe in ein angemessenes Verhältnis zu bringen.

Die Diskussion um die höhenmäßige Limitierung der Spendaufgabe bietet ein ungeheuer lehrreiches Anschauungsmaterial für die Erkenntnis der einzelnen Zwecke, die der Gesetzgeber im Rahmen der "dritten Spur" verwirklicht wissen will, und deren Zusammenspiel. Sie ist wie kaum ein anderes Beispiel geeignet, die Einordnung der neuen Reaktionsart in das systematische Gefüge der beiden anderen "Spuren" des modernen Kriminalrechts zu veranschaulichen, insbesondere aber darzulegen, daß das kriminalpolitische Zweckdenken auch im rechtlich-dogmatischen Raum durchaus seinen Platz hat. Geht doch die "Sperrwirkung" der Geldstrafe im letzten Grunde auf den im Auflagenrecht im Gegensatz zum Recht der Strafen gerade ausgeschlossenen Gesichtspunkt der Allgemeinabschreckung (Generalprävention) zurück, der allerdings in § 23 StGB bereits berücksichtigt ist ⁸³⁾. Warum sollte aber, was im Verhältnis zum Auflagenrecht für das Strafrecht gilt, nicht auch für das Maßregelrecht Geltung beanspruchen? Ebenso, wie hier nicht die bloße Tatsache des formalen Bestehens der Geldstrafe -- Geld muß der Verurteilte ja bei der Strafe wie bei der Auflage zahlen -- sondern erst die vertiefende Betrachtung

83) Sh. dazu v.a. B r u n s in GA 1956, 193 ff., insbes. 220 ff.

tung der beiden Institutionen nach den ihnen jeweils innewohnenden Zwecken zur Annahme einer "Sperrwirkung" führt, so kann eine solche m.E. auch im Maßregelrecht nicht aus der bloßen Tatsache der formalen Existenz der §§ 42 a ff. StGB abgeleitet, sondern nur unter Betrachtung und Wertung der vom Gesetz mit beiden Instituten verfolgten Zwecke, also teleologisch, gefunden werden. Dies muß umso nachdrücklicher betont werden, als in der jüngsten, eingehenden Untersuchung von B r u n s ⁸⁴⁾ einer (angeblich) "kriminalpolitisch orientierten" (weil auf den Sanktionszweck abstellenden) eine "möglichst rechtsstaatliche, d.h. gesetzlich-dogmatische" Betrachtungsweise scharf gegenübergestellt worden ist. Im Gegensatz zu dieser Auffassung muß -- wie gerade auch die Diskussion um die höhenmäßige Limitierung der Geldbußauflage beweist -- noch einmal hervorgehoben werden: Es besteht k e i n e grundsätzliche methodologische Antithese zwischen kriminalpolitischem Zweckdenken und rechtsstaatlich-dogmatischem Rechtsdenken in diesem Bereich. Beide Betrachtungsweisen müssen, da die eine ohne die andere nicht auskommen kann, auch methodologisch in einer Synthese versöhnt gesehen werden.

II.

Der Eindruck des Ineinandergreifens der verschiedensten rechtlichen Gesichtspunkte, die alle bei der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer Auflage beachtet werden müssen, verstärkt sich noch, wenn man die -- im Ergebnis heute noch nicht ausgetragene -- Diskussion verfolgt, welche die Zulässigkeit der Geldauflage zugunsten der Staatskasse, sei es in Form der Geldbuße, der Auflage, die Geld- oder Wertersatzstrafe oder die Verfahrenskosten zu bezahlen, zum Gegenstande hat.

In der wissenschaftlichen Diskussion wie in der Rechtsprechung der Aufлагengerichte spielt der Gedanke der "Sperr-

84) GA 1959, 193 ff., insbes. 224

wirkung" der Geldstrafe die größte Rolle. So wird die Auflage einer G e l d b u ß e zugunsten der Staatskasse im Anschluß an eine Entscheidung des OLG Hamm ⁸⁵⁾ unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte allgemein für unzulässig gehalten. Denn der Gesetzgeber habe die früher in den Gnadenordnungen üblich gewesene Geldbußauflage in § 24 StGB absichtlich deshalb weggelassen, weil er im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung und deren Zwecke auch den bloßen Eindruck vermeiden wissen wollte, es handle sich um eine Geldstrafe. Die Geldstrafe sei "eine ausschließliche und vorgehende Maßnahme" ⁸⁶⁾. -- Das OLG Köln ⁸⁷⁾ hält die W e r t e r s a t z s t r a f e für unzulässig, weil hier, und zwar in noch höherem Maße als bei der schuldentsprechenden Geldstrafe, in dem Verurteilten der Eindruck entstehen müsse, diese Anordnung erfolge nicht, um ihn in das soziale Leben wieder einzugliedern, sondern um die Durchsetzung eines fiskalischen Anspruchs zu erleichtern. Die Auflage der Zahlung der V e r f a h r e n s k o s t e n endlich wurde vom OLG Hamm ⁸⁸⁾ und auch vom Bundesgerichtshof ⁸⁹⁾ mit der ganz ähnlichen Begründung für unzulässig erklärt, in dem Verurteilten werde sich leicht der Gedanke in den Vordergrund drängen, der Staat wolle hier seine eigenen fiskalischen Interessen wahrnehmen, was dem Erziehungszweck einer Strafaussetzung zur Bewährung erheblich schaden könne.

Kann diesen Argumenten ohne weiteres gefolgt werden? Wenn -- wie in der vorliegenden Untersuchung bisher durchgeführt -- die "Sperrwirkung" anderer Sanktionsarten gegenüber den Bewährungsauflagen nicht als formal vorgegeben verstanden werden darf, sondern ihr Bestehen im Einzelfall teleologisch ermittelt

85) MDR 1954,245; zust. Eb. S c h m i d t , Lehrkommentar II, § 305 a Erl. 3.

86) Schönke - S c h r ö d e r § 24 Anm. II 2 b; so wohl auch H e l l m e r , StrAJug., S. 65.

87) NJW 1957,1120

88) NJW 1956,1887

89) BGHSt, 9,365 = LM Nr. 4 zu § 24 StGB mit Anmerkung K r u m m e .

werden muß, dann steht hier ein weites Tor für Zweckmäßigkeits-
erwägungen offen, wie sie alsbald auch v.a. von H ä n d e l ⁹⁰⁾
vorgetragen worden sind. Der Angeklagte fühle sich, wenn er nicht
dem Staat unmittelbar etwas geben müsse -- sei es nun Freiheit
oder Geld -- in vielen Fällen "freigesprochen". Wenn er umgekehrt
im Einzelfalle die Kostenaufgabe nicht im weiteren Sinne als
einen Beitrag zur Wiedergutmachung des durch die Straftat der
staatlichen Gemeinschaft mittelbar zugefügten Schadens verstehe,
sondern sie als rein fiskalische Maßnahmen betrachte, so sei es
Sache des Richters, ihn in geeigneter Weise zu belehren und ihm
verständlich zu machen, daß es seine sittliche Pflicht sei, die
durch seine Tat entstandenen Lasten selbst zu tragen und nicht
der Allgemeinheit aufzubürden. -- Damit bringt H ä n d e l ⁹¹⁾
nur den an sich richtigen Grundgedanken zum Ausdruck, den
später v.a. D e m s k i ⁹²⁾ allgemein so formuliert hatte, daß
bei der Frage der spezialpräventiven Eignung der Auflagen auf
den Einzelfall abgestellt werden müsse, eine generalisierende
Betrachtung jedenfalls nicht am Platze sei. -- Trotzdem möchte
ich mich entgegen H ä n d e l der Auffassung des Bundesgerichts-
hofs anschließen, allerdings nicht aus grundsätzlichen metho-
dischen als vielmehr aus rein praktischen Erwägungen, die frei-
lich in diesem Falle zu einem abweichenden Ergebnis führen. Die
Auflage der Zahlung einer Geldsumme ist nämlich -- anders als
die "typischen" Resozialisierungsaufgaben --, wie bereits bemerkt,
eine "kriminalpolitisch neutrale" Maßnahme. Was dies bedeutet,
wird am ehesten ersichtlich, wenn wir sie etwa mit der Auflage
einer psychotherapeutischen Behandlung in Vergleich setzen. Bei
jener Auflage wird im Einzelfalle ohne weiteres erkennbar sein,
ob sie gerade bei dem betreffenden Verurteilten den bezweckten

90) JR 1953,377; NJW 1957,1018 ff.; zust. M ü l l e r KM § 305 a
Anm. 3 a. Vgl. ferner LG Wiesbaden Rpfl. 1958,266 mit zust.
Anm. K n e t s c h a.a.O. sowie J e s c h e c k GA 1958,
10; endlich D e m s k i, Diss., S. 50.

91) a.a.O., insbes. NJW 1957,1019.

92) NJW 1958,2100 zur Frage der psychotherap. Behandlung als
Auflage.

kriminalpolitischen Erfolg erwarten läßt⁹³⁾. Nicht so bei der Geldauflage. Diese kommt für keine irgendwie spezifisch geartete Täterkategorie in Betracht; bei ihrer Erteilung kann der Richter, der den Verurteilten über den tiefen kriminalpolitischen Sinn, der auch dieser Auflage schließlich innewohnt, belehrt, nicht erkennen, ob jener sie auch wirklich so verstanden hat, oder ob es sich bei ihm nur um ein Lippenbekenntnis handelt, weil er eben, wie er meint, doch lieber "eine Strafe zahlt als absitzt"⁹⁴⁾. Insofern hat es einen guten Grund, wenn der Bundesgerichtshof⁸⁹⁾ rein in der Formulierung mit Ausdrücken wie "allgemein", "erfahrungsgemäß", "regelmäßig", "nicht selten", etc. auf objektiv gefaßte Kriterien abstellt und die Kostenauflage so, als mit de-facto-fiskalischer oder Strafwirkung behaftet und deshalb "schlechthin resozialisierungsuntauglich" ablehnt. Der Bundesgerichtshof hat somit -- das ist methodologisch festzuhalten! -- trotz des äußerlich abweichenden Ergebnisses die in BGHSt. 9,258 zu der Frage der "Sperrwirkung" des Berufsverbots nach § 42 I eingeschlagene und auch hier für richtig gehaltene grundsätzliche Linie⁹⁵⁾ keineswegs aufgegeben, sondern ist hier mit Erwägungen zu diesem scheinbar abweichenden Ergebnis gelangt, die mit jenen anderen methodisch durchaus vereinbar erscheinen.

Die übrigen Gründe, die in Rechtsprechung und Schrifttum gegen die Zulässigkeit der Geldstrafenzahlungs- und Kostenauflagen angeführt worden sind, besitzen zwar auch eine gewisse "eigene Schwere", münden aber letztlich doch alle in den übergeordneten Gedanken der "Sperrwirkung" anderer gesetzlicher Regelungen ein. -- Ganz im Rahmen der bereits dargelegten Argumentation hält sich der Einwand, die Strafaussetzung unter der

93) Daher auch zutreffend D e m s k i , a.a.O.

94) Dies ist bei der (einfachen) Geldauflage zugunsten der Staatskasse in noch höherem Maße der Fall als bei der Auflage der Zahlung der Verfahrenskosten. So erklärt es sich wohl auch, wenn D r e h e r - Maaßen, § 24 Anm. 2 die einfache Geldbußauflage als "unzulässig", die Kostenauflage -- ausdrücklich gegen BGHSt. 9,365 -- dagegen nur als "bedenklich" anspricht.

95) Vgl. dazu insbes. oben im 3. Kap. unter I 2 a!

Auflage der Zahlung der Verfahrenskosten "wirke wie ein Straf-
abkauf" 96); es werde dadurch "der Raum des § 27 b gesprengt" 97)
und "ein Institut der Ersatzfreiheitsstrafe für Gerichtskosten
geschaffen" 98) 99). -- Nicht durchzugreifen vermag hingegen
m.E. die Begründung des OLG München 100), die Kostenaufgabe sei
schon aus dem Grunde unzulässig, weil dadurch die gesetzlichen
Bestimmungen umgangen würden, die im Zwangsvollstreckungsrecht
zum Schutze des Schuldners vorgesehen sind, und die nach § 6 I
JBetrO auch für die Beitreibung von Gerichtskosten gelten. Dem
ist einmal entgegenzuhalten, daß die Grenze der einschneidenden
Unzumutbarkeit nach § 305 a I S. 2 StPO ja in jedem Falle
bestehen bleibt. Wenn diese Grenze aber im Einzelfall tiefer
liegen sollte als die der §§ 811, 850 ZPO in Verbindung mit
den Bestimmungen der Lohnpfändungsverordnung etc., so erscheint
auch die "Umgehung" jener Vorschriften aus dem Grunde gerecht-
fertigt, weil sich der Verurteilte über seine allgemeinen, sich
aus dem Gesetz ergebenden Rechtspflichten, zu denen auch die
Kostenpflicht gehört, hinaus ja die Nichtvollstreckung der
Freiheitsstrafe zwar nicht erkaufen, aber doch verdienen soll 101).
-- Im übrigen aber bestehen gegen die Auflage der Geldstrafen-
wie der Kostenzahlung schwere rechtliche Bedenken: Das gewich-
tigste von ihnen wurde von S c h u l t z 102) kurz und prägnant

96) K r u m m e, Anm. zu LM Nr. 4 zu § 24 StGB

97) BGH a.a.O.

98) D a l l i n g e r MDR 1957, 14 (Bespr. von BGH a.a.O.).
Für die Auflage der Zahlung der Geldstrafe ähnlich schon
G r u n a u SchlHA 1954, 44.

99) In diesem Sinne vgl. ferner K l e i n k n e c h t KM
§ 268 a Anm. 3 a; Kohlrausch - L a n g e § 24 Anm. III 2;
M a u r a c h I, S. 642; N i e s e JZ 1957, 709;
S c h a f f s t e i n, Jugendstrafrecht, S. 119;
Schönke - S c h r ö d e r, § 24 Anm. II 1 a;
S c h u l t z BewH 1957, 28; S c h w a r z, StGB, § 24
Anm. 1 A a; W e l z e l, LB., S. 212; endlich LG Itzehoe
SchlHA 1956, 148.

100) MDR 1957, 500

101) Vgl. ganz entsprechend oben S. 145 f. zur Wiedergut-
machungsaufgabe.

102) a.a.O.

so formuliert, die Kostenaufgabe sei keine Äußerung der Kriminalpolitik, sondern des fiscus rapax. Das OLG Hamm ¹⁰³⁾ führte dazu unter Berufung auf v. Hippel ¹⁰⁴⁾ aus, die Kosten seien mit den Zwecken der Auflagen, in denen ja (mit Ausnahme der Generalprävention) die Zwecke der Strafe wiederkehren, in keinen Zusammenhang zu bringen; die Verpflichtung des Verurteilten, die Gerichtskosten zu bezahlen, sei eine lediglich an die Tatsache der Verurteilung als solche anknüpfende Folge einer gesetzlichen Regelung, die auf zivilrechtlich-fiskalischen Anschauungen beruhe. Sachlich durchaus überzeugend ¹⁰⁵⁾ führt sodann der Senat im einzelnen weiter aus, warum zwischen der Verfehlung und den Kosten des Verfahrens ein direktes schuld- und tatangemessenes Verhältnis nicht bestehe. -- Dieselben Gründe sprechen gegen die Zulässigkeit der Auflage der Zahlung der Wertersatzstrafe im Rahmen des § 24 I StGB ¹⁰⁶⁾. Ähnliches muß aber auch für die Auflage der Bezahlung der schuldentsprechenden Geldstrafe ¹⁰⁷⁾ gelten. Denn auch wenn man davon ausgeht, daß Geldleistungen ganz allgemein den Verurteilten an die Verwerflichkeit seiner Straftat erinnern und so einen günstigen Einfluß auf seine Lebensführung ausüben können, so besteht doch zwischen der Höhe der Geldstrafe und der Höhe jener Summe, deren Zahlung bei der Strafaussetzung zur Bewährung notwendig erscheint, kein innerer Zusammenhang. Denn jene dient ja allein dazu, die Wirkung der ausgesetzten Freiheitsstrafe zu garantieren ¹⁰⁸⁾. Die durch den Resozialisierungszweck nach oben begrenzte Auflagenhöhe fällt also grundsätzlich durchaus nicht mit der Höhe einer nebenher verhängten Geldstrafe zusam-

103) NJW 1956, 1887

104) Der deutsche Strafprozeß, Marburg 1941, S. 688 m. Nachw.

105) Dies gilt insbesondere auch gegenüber den Einwänden von K n e t s c h RpfL. 1958, 266.

106) Vgl. auch OLG Köln NJW 1957, 1120.

107) Vgl. hierzu das Beispiel bei M e n g ZBlJugR 1954, 67.

108) Für das Verhältnis von Spendenaufgabe und Geldstrafe vgl. ganz entspr. und zutr. OLG Nürnberg GA 1959, 157.

men ¹⁰⁹⁾. Man könnte nun zwar in allen diesen Fällen an eine Abhilfe denken in der Weise, daß man die Zahlung der Geldstrafe oder der Kosten nur in einer Höhe bis zu der erwähnten, durch den Resozialisierungszweck nach oben gezogenen Grenze anordnet, also u.U. dem Verurteilten nur einen Teil der zu zahlenden Geldstrafe oder Verfahrenskosten als Auflage aufgeben würde. Dies wäre jedoch wohl in keinem denkbaren Fall mit dem Resozialisierungszweck zu vereinbaren. Denn nun wird der Verurteilte erst recht den Eindruck gewinnen, daß es dem Staat um die schnelle Beitreibung wenigstens eines Teils seiner Geldansprüche gehe, wenn er schon aus rechtlichen Gründen daran gehindert sei, die Begleichung seiner g e s a m t e n Geldforderungen durch die Drohung der Vollstreckung auch der Freiheitsstrafe zusätzlich abzusichern. Es ist auch nicht möglich, bei Auferlegung der g e s a m t e n Verfahrenskosten etc. eine gewisse Verhältnismäßigkeit zwischen der Höhe derselben und den spezialpräventiven Anforderungen des § 24 I StGB dadurch erzielen zu wollen, daß man r a t e n w e i s e Zahlung anordnet. Denn die Beitreibung der Geldstrafe wie der Verfahrenskosten ist gesetzlich geregelt, und Zugeständnisse an den Verurteilten würden, wie das OLG Hamm ¹¹⁰⁾ zu Recht betont, einen gesetzlich nicht vorgesehenen und darum unzulässigen Eingriff in den Kostenanspruch des Landes bedeuten ¹¹¹⁾. Im übrigen würde ja auch eine den Zwecken der Auflage entsprechende Ratenfestsetzung die notwendige innere Verhältnismäßigkeit zwischen der als ganzer (also nach ihrer Gesamthöhe und nach den Modalitäten ihrer Erfüllung) betrachteten Auflage und der Resozialisierungsbefähigung des Täters nur in Ausnahmefällen, und auch da höchstens annäherungsweise verwirklichen können. -- An diesen Erwägungen müssen schließlich auch die an sich wohl erörterungs-

109) Vgl. dazu eingehend in diesem Abschnitt oben unter I!

110) a.a.O.

111) Spätestens an dieser Stelle ist auch das Argument von S c h n e b l e , DRiZ 1955, 162 widerlegt, die Kostenaufgabe sei schon um deswillen nicht gesetzwidrig, weil sich die Kostenpflicht ausdrücklich aus dem Gesetz ergebe.

würdigen Ausführungen von Meyer¹¹²⁾ im Ergebnis scheitern, der wegen des auch die kostenrechtliche Regelung des JGG beherrschenden Erziehungszwecks dieses Gesetzes die Auflage der Zahlung der Verfahrenskosten im Jugendkriminalrecht für zulässig hält. Denn das Ermessen, das nach § 74 JGG das "Ob überhaupt" der Auferlegung der Kosten bestimmt, orientiert sich an ganz anderen Gesichtspunkten, als sie für die schließliche Höhe derselben und für die Zwecke der Auflage maßgeblich werden. Ganz abgesehen davon, wird im Jugendkriminalrecht eine Kostenauflage o.ä. schon wegen der zweifelsfrei und absolut bestehenden "Sperrwirkung" der Nr. 3 des abschließend gefaßten Katalogs des § 15 I JGG entfallen.

Im Ergebnis ist daher de lege lata im Falle des § 24 I S. 2 Nr. 5 StGB wie in dem des § 15 I Nr. 3 JGG eine "Sperrwirkung" dieser Bestimmungen gegenüber allen Geldauflagen zugunsten der Staatskasse anzuerkennen. Eine ausdrückliche Wiedereinführung einer solchen Möglichkeit, wie sie die früheren Gnadenordnungen und etwa auch § 43 I S. 2 E 1927 vorgesehen hatte, würde darüber hinaus auf jeden Fall kriminalpolitisch wie dogmatisch als ein Fremdkörper in dem kriminalrechtlichen Reaktionssystem empfunden werden.

4. Abschnitt:

Umfang und Grenzen der Einschaltung des Bewährungshelfers
im Rahmen der Auflagen und Weisungen.

(Die Problematik der sogenannten "Rahmenauflage").

Die -- wenn auch mangels Geldmitteln bisher noch nicht im wünschenswerten Ausmaß verwirklichte --, so doch theoretisch wichtigste unter den Auflagen des Katalogs des § 24 I S. 2 StGB ist die Weisung, sich der Aufsicht und Leitung eines Bewährungshelfers zu unterstellen, die das Kernstück der Reform vom 4.8.53

112) NJW 1957, 371

darstellen sollte ¹¹³⁾. Da der Erfolg der Strafaussetzung bei kriminell gefährdeten Tätern in vielen Fällen, v.a. im Jugendstrafrecht ¹¹⁴⁾, von einer wirksamen Überwachung und Hilfestellung abhängt, kommt dieser Weisung eine ganz entscheidende kriminalpolitische Bedeutung zu. Über die inhaltliche Ausgestaltung dieser Institution sagt das Gesetz allerdings nichts Näheres, als daß der Richter dem Bewährungshelfer für seine -- in der Überwachung der Lebensführung des Verurteilten und der Erfüllung der Auflagen bestehende -- Tätigkeit "Anweisungen" erteilt (§ 24 a S. 2 StGB, § 25 S. 1 JGG) bzw. erteilen kann (§ 79 II S. 3 E 1958). Dieser Spielraum, der so dem Wirken des Bewährungshelfers durch die Anweisungen des Gerichts gezogen ist, kann nun naturgemäß enger oder weiter sein. Er bewegt sich zwischen den zwei äußersten denkbaren Polen der auch inhaltlich vom Richter genau festgelegten Überwachung der einzelnen richterlichen Auflage und der Überwachung der Lebensführung des Verurteilten schlechthin im Rahmen einer einzigen umfassenden Auflage des Inhalts, der Verurteilte habe allen Weisungen des Bewährungshelfers Folge zu leisten. Daneben sind Zwischenformen denkbar in Gestalt der Auflage, denjenigen Anordnungen des Bewährungshelfers nachzukommen, die sich auf die Strafsache beziehen, etwa die Rückzahlung unterschlagener oder veruntreuter Gelder betreffen ¹¹⁵⁾, besondere Veränderungen in den persönlichen Verhältnissen dem Bewährungshelfer zu melden oder ihm in regelmäßigen Zeitabständen zu berichten oder sich in allen wichtigen Lebensfragen an den Bewährungshelfer zu wenden und sich von ihm beraten zu lassen ¹¹⁶⁾. Während solche Auflagen entweder wegen ihrer engen inhaltlichen Begrenzung ihrem "Schwer-

113) Vgl. M a u r a c h I, S. 641.

114) Deswegen tritt die Unterstellung unter einen Bewährungshelfer bei einer Strafaussetzung im Jugendstrafrecht nach der gesetzlichen Regelung des § 24 I JGG sogar automatisch kraft Gesetzes ein.

115) Vgl. M e n g ZBlJugR 1954, 67.

116) Vgl. bei W a h l BewH 1954, 60 f. und bei M e n g BewH 1954, 71 ff. -- Über weitere derartige Auflagen, soweit sie in die berufliche Sphäre einschlagen, vgl. in diesem Kapitel im 2. Abschn. unter I.

punkt" nach unbedenklich noch als (unmittelbar) richterliche angesprochen werden können, oder aber, wie die Beratungsaufgabe, keinen unmittelbaren Eingriff in die Handlungsfreiheit des Probanden bedeuten ^{116a)}, weiß der Verurteilte bei der Auflage, a l l e n auf die Lebensführung bezüglichen Anweisungen des Bewährungshelfers F o l g e z u l e i s t e n , de facto kaum mehr vom R i c h t e r , was er zu tun hat, um seine Schuld zu sühnen und an seiner Resozialisierung mitzuarbeiten ¹¹⁷⁾. Dies erscheint auf den ersten Blick mit dem Grundsatz des § 24 I S. 1 StGB: "Das Gericht (!) ... macht dem Verurteilten Auflagen" nur schwer vereinbar. Diese Auflage, die sich in der Praxis offenbar nicht geringer Beliebtheit erfreut ¹¹⁸⁾, wurde deshalb auch im Schrifttum vielfach mit variierender Begründung für unzulässig erklärt. Die folgende Untersuchung soll sich mit dieser Diskussion auseinandersetzen.

I.

Bei der Erörterung der rechtlichen Zulässigkeit dieser sogenannten "Rahmenauflage" ist zunächst einmal zu bedenken, daß der Verurteilte, -- wie ja auch von den Befürwortern der in Rede stehenden Auflageart nicht geleugnet wird ¹¹⁹⁾ und im Hin-

116 a) Eine eigenartige weitere Möglichkeit, den Bewährungshelfer bei der Ausgestaltung der Bewährungsaufgaben einzuschalten, wäre schließlich ein "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt", z.B. das Verbot jeglichen Kinobesuches mit der Einschränkung, daß der Bewährungshelfer dem Verurteilten den Besuch einzelner Filme nach seinem Ermessen gestatten dürfe; Vgl. jedoch hierzu die wohl zutr. krit. Ausf. von S t r e e , a.a.O., S. 149 Anm. 41.

117) Vgl. H e l l m e r , Erziehung und Strafe, S. 142.

118) Vgl. Q u a d t RdJ 1956,164, ferner bei H e l l m e r RdJ 1955,383 Anm. 5 = Erziehung und Strafe, a.a.O., Anm. 22; für das Jugendstrafrecht insbes. Dallinger - L a c k n e r § 23 N. 5 und Dreher-Lackner-Schwalm, Wehrstrafgesetz, a.a.O. § 14 N. 18; G r e t h l e i n § 23 Anm. 2 b; P o t r y - k u s , JGG, § 23 Bem. 2; S c h a f f s t e i n , Jugendstrafrecht, S. 128; S c h n i t z e r l i n g ZBlJugR 1957,298 f. und Prakt. Bewährungshilfe, S. 45.

119) Vgl. v.a. Q u a d t , a.a.O.

blick auf die (Anweisungs-)Bestimmungen des geltenden Rechts (§§ 24 a S. 2 StGB, 25 S. 1 JGG) ¹²⁰⁾ auch nicht gut gezeugnet werden kann --, in jedem Falle gegen die Weisungen des Bewährungshelfers ein Einspruchsrecht beim Richter haben muß, wie selbstverständlich umgekehrt der Richter von Amts wegen unbeschadet der Rahmenauflage die einzelnen, von dem Bewährungshelfer dem Verurteilten erteilten Weisungen nach seinem Ermessen aufheben oder abändern kann. Es scheint also auch hier so zu sein, als ob letztlich doch in jedem Falle die (Einzel-)Entscheidung des Richters und nicht des Bewährungshelfers maßgeblich wäre. Für die im Strafrecht gebotene faktische Betrachtungsweise stellt sich jedoch das Problem anders dar: In der Regel der Fälle wird der Verurteilte bei Bedenken gegen die Zulässigkeit, mehr noch natürlich gegen die Zweckmäßigkeit einer ihm vom Bewährungshelfer erteilten Auflage es vermeiden, die Entscheidung des Richters herbeizuführen, läuft er doch Gefahr, sich bei diesem unbeliebt zu machen und seine Gefängnisstrafe schließlich doch absitzen zu müssen ¹²¹⁾. Diese Gefahr besteht auch in der Tat: Der Richter erteilt ja die Rahmenauflage gerade zu dem Zwecke, im Einzelfall der Entscheidung enthoben zu sein und diese dem -- pädagogisch vielleicht besser geschulten -- Bewährungshelfer zu überlassen. Zumindest würde eine richterliche Entscheidung in allen Einzelfällen dem Sinn und Zweck der Rahmenauflage völlig zuwiderlaufen. Von dieser Seite aus erscheint also eine Klärung des grundsätzlichen rechtlichen Problems nicht möglich.

120) § 79 II S. 3 E 1958 weicht wohl nur scheinbar ab. Diese Bestimmung kann m.E. nur so auszulegen sein, daß das Gericht nicht gezwungen sein soll, dem Bewährungshelfer auch für die Gestaltung seiner Überwachungstätigkeit im einzelnen Anweisungen zu erteilen.

121) Wenn es nicht überhaupt so weit kommt, daß der Verurteilte die langdauernde Überwachung seiner Lebensführung im Lauf der Zeit immer mehr als unerträgliche Gängelung empfindet, bis er schließlich -- ein kriminalpolitisch höchst unerfreuliches Ergebnis -- ganz offen die Vollstreckung seiner (Rest-)freiheitsstrafe verlangt. -- Sh. dazu die interessante (im Ergebnis wohl zutreffende) Entscheidung des LG Hannover BwH 1959,187; vgl. ferner auch Heine BwH 1956,211.

1.) Ein Bedenken, das von P e n t z ¹²²⁾ und insbesondere auch von S c h n i t z e r l i n g ¹²³⁾ gegen diese Art von Auflagen vorgetragen wurde, ist dies, daß der Verurteilte durch die Rahmenauflage auf Jahre hinaus fast ohne Grenzen der von keinem Beteiligten übersehbaren Leitungsgewalt des Bewährungshelfers unterworfen ist, was stets einen einschneidenden, unzumutbaren Eingriff in dessen Lebensführung bedeute (§ 305 a I S. 2 StPO). Dieser Gesichtspunkt erscheint schon aus dem Grunde einer besonderen Erörterung wert, nachdem in § 79 I E 1958 bereits die (einfache) Weisung, sich der Aufsicht und Leitung eines Bewährungshelfers zu unterstellen, "wegen ihrer einschneidenden Wirkung besonders herausgestellt und zu den anderen Weisungen in ein rechtliches Nachordnungsverhältnis gebracht" worden ist ¹²⁴⁾.

Die "einschneidende Unzumutbarkeit" im Sinne des § 305 a StPO wurde oben ¹²⁵⁾ im Sinne der Grenze des Art. 1 I GG definiert, an der Eingriffe in die biologische und geistig-seelische Intimsphäre des Verurteilten scheitern müßten. Im Falle der "Rahmenauflage" könnte nun ein solcher Eingriff sicherlich nicht in der oft recht "harmlosen" einzelnen Weisung des Bewährungshelfers gesehen werden, sondern wohl nur in der Tatsache, daß der Verurteilte in einem Gefühl der Gängelung leben muß, weil er ständig Einzelweisungen in Bezug auf seine Lebensführung zu gewärtigen hat. Man kann dagegen nicht einwenden, dies sei auch ohne die Belastung mit einer "Rahmenauflage" bei allen zur Bewährung Gestellten der Fall, weil das Gesetz ja dem Richter die Möglichkeit gebe, während des Laufes der Bewährungsfrist Auflagen jederzeit neu anzuordnen oder bereits erteilte nach seinem Ermessen abzuändern. Dieser Einwand greift schon deswegen nicht durch, weil der Bewährungshelfer -- bildlich gesprochen -- in viel größerer und darum drängenderer "Nähe" zu dem Verurteilten steht als der Richter, der eben doch in erster Linie

122) NJW 1958, 1768

123) Prakt. Bewährungshilfe, S. 48; ferner ZBlJugR 1957, 298 f.

124) So die Amtl. Begründung, S. 80.

125) Im 4. Kapitel.

"Entscheidungsrichter" ist und nicht "Erziehungsrichter", so sehr auch die theoretische Richtigkeit jener Ausdrucksweise feststeht. Diese ernstzunehmenden Bedenken führen m.E. nur deshalb nicht unmittelbar zur Gesetzwidrigkeit der Rahmenauflage schlechthin, weil die zur Annahme eines Verstoßes gegen Art. 1 I GG im Einzelfall erforderlichen Umstände ¹²⁶⁾ bei der Rahmenauflage nicht stets von vornherein als gegeben anzusehen sein werden, nachdem diese sicherlich nur innerlich ungefestigten Täufern und wohl auch nur dann erteilt werden wird, wenn ein wirklich befähigter Bewährungshelfer zur Verfügung steht.

2.) Gegen die Rahmenauflage bestehen indessen auch ganz grundsätzliche Bedenken. So liest man neuerdings bei S c h r ö - d e r ¹²⁷⁾ im Anschluß an P e n t z ¹²⁸⁾, der Richter dürfe sein Entscheidungsrecht nicht delegieren, und H e l l m e r ¹²⁹⁾ meint -- was im Bereich des Jugendstrafrechts als besonders bemerkenswert angesprochen werden muß ¹³⁰⁾ --, sogar, allein der Richter sei nach dem Grundgedanken des Art. 103 II GG "als alleiniger Herr der Sühne" zur Ausübung der Strafgewalt legitimiert, zu der auch die Erteilung von "Weisungen" gehöre. In dieselbe Richtung weist auch die bedeutsame Stelle in der Amtl. Begründung zum E 1958 ¹³¹⁾, wo es heißt, die Polizeiaufsicht des geltenden Rechts (§§ 38, 39 StGB) könne schon deshalb nicht bestehen bleiben, "weil rechtsstaatliche Grundsätze verlangen, daß die mit ihr verbundenen Eingriffe in die persönliche Freiheit vom Richter nicht nur zugelassen, sondern angeordnet werden".

126) Vgl. oben im 2. Kapitel unter I A 3 a, II A 2 a.

127) Schönke-Schröder § 24 Anm. II 3 f.

128) a.a.O.; vgl. auch S c h ä f e r in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, a.a.O., S. 26.

129) RdJ 1955, 383; StrAJug., S. 79, 84. Sachlich ebenso S t r e e , a.a.O., S. 148 f.; vgl. auch L a n g - H i n - r i c h s e n , Gutachten, S. 82, Anm. 230 a!

130) Vgl. unten unter III! Ähnlich B u r k h a r d t RdJ 1959, 179.

131) a.a.O., S. 85

Was der Entlassung aus der Sicherungsverwahrung als einer Art "gelockerter Sicherungsmaßregel" Recht ist, müßte doch wohl einer Einrichtung, die Resozialisierung u.a. auch durch Sühne anstrebt, billig sein! Das Grundproblem lautet mithin bei der Rahmenauflage folgendermaßen: Darf der Richter seine ihm mit der Weisungsbefugnis übertragene Verantwortung durch Delegation auf den Bewährungshelfer abschieben?

Das Strafgesetz gibt, wie bereits angedeutet, auf diese Frage keine unmittelbare Antwort. Denn der Begriff der "richterlichen Anweisungen" (an den Bewährungshelfer) ist auslegungsbedürftig; darunter fällt auch die Rahmenauflage, ebenso wie diese unter den Wortlaut des § 24 I S. 2 Nr. 6 StGB subsumiert werden könnte. Auch die dogmatisch anscheinend parallele Entscheidung des Bundesgerichtshofs ¹³²⁾, in der die Zuständigkeit des Gerichts (und nicht der Staatsanwaltschaft) zur Überwachung der Bewährungsaufgaben damit begründet wird, die Strafaussetzung zur Bewährung sei kein Gnadenakt, sondern ein besonderes Strafmittel, mit dem erzieherischer Einfluß auf den Verurteilten ausgeübt werden solle, die Verwirklichung dieses erzieherischen Einflusses aber sei in die Hand des Gerichts gelegt ¹³³⁾, kann im vorliegenden Zusammenhang zur Begründung einer bestimmten Ansicht nur mittelbar herangezogen werden. Denn bei der Bewährungshelfer-Rahmenauflage behält sich ja der Richter in jedem Einzelfalle ein Entscheidungsrecht vor, gibt also die Verwirklichung des erzieherischen Einflusses, streng genommen, nicht direkt aus der Hand. Die Lösung dieser Problematik kann vielmehr m.E. nur im Verfassungsrecht gesucht werden, weil es sich hier im Grunde wohl um eine verfassungsrechtliche und nicht um eine eigentlich kriminalrechtliche Problematik handelt.

132) BGHSt. 10,288 = JZ 1958,1756 mit zust. Anm. L a c k n e r

133) Ähnlich OLG Köln NJW 1957,1120: Bei Geldauflagen könne das Gericht die Bestimmung der Fristen und Teilbeträge nicht der Vollstreckungsbehörde überlassen, denn für die Lebensführung des Verurteilten sei es entscheidend, welche Fristen bewilligt und wie hoch die Raten angesetzt würden.

Aus dem Grundsatz des Art. 104 S. 1 GG kann eine Unzulässigkeit der Rahmenauflage im Wege des Analogieschlusses zunächst nicht hergeleitet werden. Diese Verfassungsbestimmung ist vielmehr, wie aus ihrem Abs. 3 erhellt, allein auf die Einschränkung der in Art. 2 II GG garantierten körperlichen Bewegungsfreiheit bezogen; die Unzulässigkeit eines Analogieschlusses ergibt sich insbesondere auch daraus, daß im anderen Falle ein Berufsverbot, eine Führerscheinentziehung oder auch eine Einweisung in die Heil- oder Pflegeanstalt etc. durch die Verwaltungsbehörde verfassungswidrig sein müßten, was sicherlich nicht der Fall ist. -- Wohl aber ist hier zu bedenken, daß die Geltung des Art. 103 II GG für alle drei "Spuren" strafrechtlicher staatlicher Reaktion bejaht wurde ¹³⁴⁾, was seinen Grund auch darin hat, daß die richterliche Unabhängigkeit nur unter dem Korrelat der Bindung an das Gesetz denkbar ist ¹³⁵⁾. Die einschneidenden Sanktionen des Kriminalrechts sollen aber in einem Rechtsstaat in allen Fällen, in denen eine mit Kriminalstrafe bedrohte Handlung den Anlaß und Anknüpfungspunkt des staatlichen Einschreitens bildet, nur von dem weisungsunabhängigen Richter getroffen werden. Eben- sowenig wie sich nun der Gesetzgeber des Tatbestands- und Sank- tionenbildungsrechts durch Delegation an den Richter begeben kann, so wenig dürfte es im Grundsatz angehen, daß dieser sich seines Rechts zur Verhängung strafrechtlicher Sanktionen, das der Idee nach mit seiner Unabhängigkeit verknüpft ist, (und seiner Pflicht!) durch Erteilung einer "Rahmenauflage" begibt. Denn in dieser Rahmenauflage würde er doch praktisch aussprechen: Ich behalte mir zwar in allen Fällen ein Entscheidungsrecht vor; ich will es aber nicht in allen Fällen ausüben. Den Ausschlag dürfte es jedoch geben, daß der Richter, wie bereits erwähnt, dieses Recht gar nicht in allen Fällen ausüben k a n n , weil der Verurteilte einmal die Rechtmäßigkeit der von dem Bewährungs- helfer erteilten Auflagen oft nicht zu beurteilen vermag, --

134) Sh. oben im 1. Kap.!

135) Vgl. insbes. W e l z e l in Kohlrausch-Festschrift, a.a.O., S. 114 ff.

insbesondere, wenn diese " an sich zweckmäßig" sind --, zum anderen, weil sich der Verurteilte gar nicht in jedem zweifelhaften Fall -- seine Zweifel wären wohl auch in den meisten Fällen unbegründet -- um Bestätigung der vom Bewährungshelfer erteilten Einzelanweisung an den Richter wenden kann, ohne befürchten zu müssen, sich als "Querulant" nicht "bewährt" zu haben. Die Rahmenauflage erscheint daher mit rechtsstaatlichen Grundsätzen kaum vereinbar ¹³⁶⁾.

3.) Im Zusammenhang mit den eben vorgetragenen Einwänden steht auch das Bedenken der Umgehung zwingender Verfahrensvorschriften bei der praktischen Verwirklichung der Rahmenauflage. Denn nach den §§ 453 I S. 2 StPO, 58 I S. 2, 67 JGG sind vor Erteilung einer Auflage alle Beteiligten (also Staatsanwaltschaft, Angeklagter, gegebenenfalls Erziehungsberechtigte) zu hören ¹³⁷⁾. Wird dieses rechtliche Gehör nicht gewährt, so liegt darin die Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift, welche die erteilte Weisung gesetzwidrig macht und daher die Beschwerde rechtfertigt ¹³⁸⁾. Diese gesetzlich vorgeschriebene Anhörungspflicht bezieht sich -- wie *P e n t z* ¹³⁹⁾ in diesem Zusammenhang mit Recht betont -- nach dem Sinn und Zweck jener Vorschriften gerade auch auf die Einzelanordnung. Zu einer solchen Anhörung aber ist der Bewährungshelfer weder tatsächlich noch rechtlich in der Lage. Sollte sie dennoch erfolgen, so wäre gerade der kriminalpolitische Sinn der Rahmenauflage verfehlt, die ja eine schnelle, sich den jeweiligen Notwendigkeiten und Unberechenbarkeiten in der Lebensführung des Probanden anpassende Abhilfe gewährleisten soll.

136) Daß der Einwand, man dürfe unseren Richtern und Bewährungshelfern vertrauen, nicht zu einem grundsätzlichen Verzicht auf die verfassungsrechtlichen Sicherungen führen kann, hat in anderem Zusammenhang *H e l l m e r*, Erziehung und Strafe, S. 138 fein dargelegt.

137) Im Recht der Maßregelenaussetzung gilt nach § 463 a III in Verbindung mit § 462 II StPO Entsprechendes; vgl. dazu *E b. s c h m i d t*, Lehrkommentar II, § 462 Erl. 9.

138) So v.a. *S c h ä f e r* in *Löwe-Rosenberg*, § 453 Anm. I 3 und ausdrücklich a.a.O., Anm. I 6 d; vgl. ferner *KM* § 453 Anm. 2; sh. auch *Dallinger-Lackner* § 58 Nr.5.

139) *NJW* 1958,1768.

4.) Schließlich ist mit P e n t z ¹⁴⁰⁾ noch zu erwägen, ob die Erteilung eines solchen Anweisungsrechts an den Bewährungshelfer zur zweckmäßigen Durchführung der Bewährungsaufsicht denn auch überhaupt notwendig erscheint. Denn zwangsweise durchsetzen kann ja auch der Bewährungshelfer seine Anordnungen nicht. Auf der anderen Seite muß der Richter, wenn der Verurteilte einer Weisung des Bewährungshelfers zuwidergehandelt hat, diese vor dem Ausspruch des Widerrufs der Strafaussetzung dahin überprüfen, ob sie überhaupt rechtmäßig und zweckmäßig ausgestaltet gewesen ist, so daß von einer zum Widerruf der Aussetzung berechtigten "schuldhaften" Nichterfüllung seitens des Verurteilten gesprochen werden kann. Warum sollte es dann nicht genügen, wenn der Bewährungshelfer (im Rahmen der "einfachen" Auflage nach § 24 I S. 2 Nr. 6 StGB) dem Verurteilten lediglich die Grenzen aufzeigt, die dieser zur Erfüllung der ihm vom Richter erteilten Auflagen oder im Rahmen einer ordnungsmäßigen Lebensführung einhalten muß? Folgt der Verurteilte dem Rat des Bewährungshelfers nicht, so muß er riskieren, daß dessen Ansicht die richtige war, und daß der Richter wegen Nichterfüllung einer Auflage oder wegen unregelmäßiger Lebensführung das in den Verurteilten gesetzte Vertrauen als nicht gerechtfertigt ansieht und die Strafaussetzung widerruft. Die Auflage, allen Weisungen des Bewährungshelfers nachzukommen, erscheint daher nicht nur wegen Verstoßes gegen rechtsstaatliche Grundsätze gesetzwidrig, sondern auch kriminalpolitisch zumindest nicht unabdingbar notwendig.

II.

Während die Zulässigkeit der Rahmenauflage im Erwachsenenstrafrecht von der wohl h.L. verneint wird, wird diese Maßnahme im J u g e n d s t r a f r e c h t vielfach als zweckmäßig und auch als rechtmäßig angesehen ¹⁴¹⁾ -- auch von Autoren, die

140) a.a.O.

141) Vgl. Anm. 118.

ihre Zulässigkeit im Erwachsenenstrafrecht verneint haben ¹⁴²⁾, und trotz der Bemerkungen, der Jugendrichter stehe im Gegensatz zum allgemeinen Strafrichter nicht nur in der Entscheidungssituation, er sei vielmehr sozialer Erziehungsrichter und infolgedessen dazu berufen, auch den fürsorgerischen Teil der Bewährungsaufsicht und besonders auch die Bewährungshilfe zu leiten ¹⁴³⁾. Vor allem spielt hier ein rechtlicher Gesichtspunkt eine Rolle, mit dem bereits oben ¹⁴⁴⁾ die Verfassungsmäßigkeit der Generalklausel des § 10 JGG letztlich begründet wurde: Bei den Maßnahmen des Erwachsenenrechts, auch soweit sie der Resozialisierung des Täters dienen, handelt es sich doch stets um solche, die eine U m - bildung der Persönlichkeit bezwecken, während das Jugendkriminalrecht insbesondere mit seinen "Weisungen", mögen sie auch im Einzelfall erheblichen Übelscharakter tragen, eben doch nur eine A u s - bildung zum Ziel hat. Diese grundsätzliche Verschiedenheit der kriminalpolitischen Situation strahlt freilich auch auf die Tätigkeit des Bewährungshelfers aus: Beim Erwachsenen und bei dem nach Erwachsenenstrafrecht zu behandelnden Heranwachsenden soll auch der Bewährungshelfer mehr überwachend und helfend tätig sein, während beim Jugendlichen die pädagogische Betreuung und Lenkung durch den Helfer im Vordergrund stehen soll. Die Frage ist nur, ob bereits daraus die Zulässigkeit der Delegation richterlicher Kompetenzen wirklich so unmittelbar und ohne weiteres folgt, wie dies im Schrifttum zuweilen angenommen wird ¹⁴⁵⁾.

142) Vgl. S c h n i t z e r l i n g , a.a.O.

143) So insbes. P o t r y k u s , JGG § 24 Bem. 5, der a.a.O., § 23 Bem. 2 nichtsdestoweniger von der in der Rahmenaufgabe enthaltenen Delegation der Verantwortung auf den Bewährungshelfer als offenbar selbstverständlich zulässig ausgeht. Vgl. auch W ü r t e n b e r g e r ZBlJugR 1954, 246: Nach dem Willen des Gesetzgebers könne und dürfe sich der Jugendrichter keineswegs auf die bloße Rechtsaufsicht zurückziehen. Die erzieherische und fürsorgerische Beeinflussung des Jugendlichen sei vielmehr eine unmittelbare Aufgabe für den Richter.

144) Vgl. oben im 1. Kap., insbes. unter III B 2 b!

145) Vgl. nur S c h n i t z e r l i n g , a.a.O.

Gewichtige rechtliche Bedenken gegen die Rahmenauflage macht Burkhardt ¹⁴⁶⁾ aus dem Gesichtspunkt der durch Art. 6 I GG geforderten Verhältnismäßigkeit zwischen objektiver Tatschwere und Weisung im Sinne einer "Komplementarität" der Reaktion auf die in der Tat offenbarte Erziehungsbedürftigkeit des Täters zu der in diesen Fällen nicht angebrachten Schuld-Sühne-Strafreaktion ¹⁴⁷⁾ geltend. Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folge die Forderung nach Bestimmtheit der erzieherischen Reaktion, die bei der Rahmenauflage fehle. Die Verhältnismäßigkeit werde gerade und nur durch die Bestimmtheit wirksam; die Bestimmtheit der Weisung sei die praktische Ausgestaltung der Verhältnismäßigkeit zur Tatschwere. -- Diese Argumentation wird wohl unmittelbar nicht voll zutreffen. Denn der Gesichtspunkt der Komplementarität der Reaktion, aus der der erzieherische Eingriff im Wege der Weisung aus dem staatlichen Strafanspruch gerechtfertigt werden kann, bezieht sich wohl nur auf die inhaltliche Ausgestaltung der einzelnen Weisung, gleichgültig, von wem sie erteilt worden ist. Wenn der Bewährungshelfer innerhalb der ihm durch die Rahmenauflage verliehenen Anweisungsbefugnis die durch den erwähnten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der staatlichen (Kriminal-) "Erziehungsmacht" gezogenen rechtlichen Grenzen einhält, so dürften sich aus dem Gesichtspunkt des Art. 6 I GG insoweit kaum Bedenken ergeben ¹⁴⁸⁾. Die Problematik der Rahmenauflage stellt sich aber m.E. dogmatisch bereits früher und grundsätzlicher. Was dem Richter nämlich in diesem durch die Verhältnismäßigkeit zur objektiven Tatschwere begrenzten Rahmen durch die Bestimmung des § 10 JGG übertragen worden ist, ist nichts anderes als die Berechtigung zur teilweisen Außerkraftsetzung des Elterngrundrechts. Es muß aber angenommen werden, daß auch die kriminalrechtlichen Eingriffe in das Elternrecht

146) RdJ 1959, 179

147) Vgl. dazu näher oben im 1. Kap. unter III B 1.

148) Ganz am Rande sei hier nur bemerkt, daß der Richter die rechtlichen Grenzen der staatlichen Kriminal-Erziehungsbefugnis i.a. wohl besser erkennen wird als der juristisch nicht in dem Maße geschulte Bewährungshelfer.

allein dem unabhängigen Richter vorbehalten bleiben sollen, wie dies bei der komplementären Reaktion, der Strafe, ja auch der Fall ist.

Die Rahmenauflage kann im Jugendkriminalrecht auch nicht mit einem arg. § 112 b und RL 3 zu § 10 JGG gerechtfertigt werden, wie dies G r e t h l e i n ¹⁴⁹⁾ will. Denn in den beiden von G r e t h l e i n angezogenen Fällen unterliegt der Jugendliche einem besonderen Gewaltverhältnis, in dessen Rahmen nach der gesetzlichen Regelung ersichtlich das Elternrecht ausgeschaltet sein soll ¹⁵⁰⁾. Damit liegt aber dort eine besondere Situation vor, aus der kein Argument für die Zulässigkeit der Rahmenauflage im allgemeinen hergeleitet werden kann. Im Ergebnis muß daher die Auflage, sich allen auf die Lebensführung beziehenden Weisungen des Bewährungshelfers zu unterwerfen, auch im Jugendkriminalrecht als unzulässig angesehen werden ¹⁵¹⁾.

5. Abschnitt:

Ablieferung von Kraftfahrzeugen, Fahrverbot
und freiwillige Hinterlegung des Führerscheins als Auflagen.

Es ist längst eine Binsenwahrheit, daß bei den Strafsachen, die heute zur Aburteilung vor die Gerichte gelangen, insbesondere in denjenigen Fällen, wo eine Strafaussetzung in Frage kommt, das Kraftfahrzeug eine erhebliche Rolle spielt -- sei es, daß sich die Täter im Verkehr als rücksichtslos oder doch unachtsam erwiesen, sei es, daß sie über ihrem "hobby" in strafbarer Weise ihre sozialen Pflichten vernachlässigt hätten. Es

149) § 23 Anm. 2 b (gegen P e n t z , a.a.O.)

150) Zur allgemeinen Problematik dieser Rechtsinstitution vgl. im übrigen oben im 2. Kap. unter I A 1. b!

151) Dies auch schon aus dem Grunde der Umgehung zwingender gesetzlicher Anhörungspflichten; sh. dazu bereits oben in diesem Abschnitt unter II 3.

liegt nahe, daß ein Sanktionsrecht, das einem Rückfall der (v.a. auch fahrlässigen!) Gelegenheitstäter vorbeugen und der Hinführung der kriminell Entgleisten zu einer gesetzmäßigen und geordneten Lebensführung dienen will, die erzieherische Wirkung eines zeitweiligen Verzichts auf die tiefere Ursache der jeweiligen, zur Aburteilung stehenden Verfehlung vielfach als besonders wirksame Waffe einsetzen wird.

Auf der anderen Seite wachsen mit der Rolle, die dem Kraftfahrzeug heute im sozialen Leben zukommt, auch die rechtlichen Garantien für seine Verwendung. In dem hier interessierenden Bereich sind dies vor allem der Grundrechtsschutz sowie die Bestimmungen der §§ 42 m StGB und 7 JGG, welche die Entziehung der Fahrerlaubnis an die zwingende Voraussetzung der Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen binden. Die Auflagen aber, die dem Verurteilten aus erzieherischen Gründen ¹⁵²⁾ die Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr mit einem Kraftfahrzeug zeitweilig unmöglich machen sollen, sind weder in § 24 StGB noch in § 10 JGG ausdrücklich genannt. Daraus ergeben sich manche rechtlichen Zweifelsfragen, denen im folgenden nachgegangen werden soll.

I.

1.) Hier wird zuerst zu erörtern sein, ob die in dem Katalog des § 24 I S. 2 StGB ja nicht expressis verbis aufgeführten Auflagen, eine bestimmte Zeitlang nicht selbst zu fahren, den Führerschein bei einer Aufsichtsstelle zu hinterlegen oder sein Kraftfahrzeug zur Aufbewahrung zu geben, nicht bereits wegen Verstoßes gegen Art. 103 II GG ¹⁵³⁾ von vornherein aus der recht-

152) Anders die de lege ferenda für Sicherungsaufgaben vorgesehene Regelung im E 1958; vgl. ausdrücklich § 102 Nr. 7 (= § 100 der überarbeiteten Fassung).

153) Die Generalklausel des § 24 I S. 2 StGB verstößt gegen den in Art. 103 II GG verankerten Grundsatz "Nulla poena sine lege". Auflagen jenseits der 6 Nrn. dieses Katalogs sind daher gesetzwidrig im Sinne des § 305 a I S. 2 StPO. Zur Begründung sh. eingehend oben im 1. Kap. unter I, III A, ferner a.a.O. unter III B 2!

lichen Betrachtung ausscheiden. Versucht man, jene Auflagen unter eine der 6 Nummern des § 24 I S. 2 zu subsumieren, so kommt dafür allein Nr. 2 dieser Bestimmung in Frage, wonach das Gericht dem Verurteilten auferlegen kann, Weisungen zu befolgen, die sich auf die Freizeit beziehen. Diese Subsumtion wird bei der gebotenen weiten Auslegung der Katalogbeispiele ¹⁵⁴⁾ in sehr vielen Fällen auch gelingen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Täter das Fahrzeug, wie es v.a. bei sogenannten "Jungtättern" häufig geschieht, gewissermaßen als "Spielzeug" für seine Freizeit betrachtet, wenn er etwa mit Hilfe seines Motorrades nachts entfernt gelegene Wirtschaften aufgesucht und infolge der darauf zurückzuführenden Arbeitsbummelei seine Alimentationspflichten verletzt hat, oder wenn er gestohlen und betrogen hat, um aus dem Erlöse der Beute seine Maschine "aufzupolieren". § 24 I S. 2 Nr. 2 StGB wird aber darüber hinaus grundsätzlich wohl auch dann noch zutreffen, wenn der Täter das betreffende Fahrzeug nur als normales Verkehrsmittel etwa zu seinem Arbeitsplatz benützt hat, dabei aber durch Fahrlässigkeit den Unfall verursacht hat, wegen dessen Folgen er zu der ausgesetzten Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Denn das Verbot der Benützung des für den Verurteilten vielleicht schnellsten und billigsten Verkehrsmittels wirkt mittelbar (in Form einer Kürzung) auch auf seine Freizeit und so auf seine künftige Lebensführung ein ¹⁵⁵⁾. Bedenken könnten sich, ganz abgesehen davon, daß § 24 II S. 2 StGB noch eine zusätzliche rechtliche Sicherung gibt, in der zuletzt genannten

154) Vgl. dazu oben, a.a.O. unter III 3.

155) Unrichtig daher P e t e r s , KrimSt. 194, der die Auflage an den Verurteilten, während der Probezeit nicht mehr selbst zu fahren, als rein äußerliche, hemmende (Sicherungs-) Maßnahme für unzulässig hielt, weil diese kein Mittel zur Steigerung der Achtsamkeit sei, vielmehr im Gegenteil dem Verurteilten sogar die Möglichkeit nehme, sich (sc. am Steuer) als achtsam zu erweisen. -- So betrachtet, hätte P e t e r s , a.a.O. freilich Recht. Die erzieherische Zielsetzung der Auflage liegt jedoch gerade darin, daß der Verurteilte die Last, zeitweilig ohne sein Fahrzeug auskommen zu müssen, als solche empfinden und sein künftiges Verhalten danach einrichten soll.

Fallgruppe höchstens aus dem Gesichtspunkt der "Sperrwirkung" des § 42 m StGB ergeben; darauf wird noch eingehend zurückzukommen sein ¹⁵⁶⁾. Unter dem Gesichtspunkt des Art. 103 II GG wird sich jedenfalls gegen derartige Auflagen kaum etwas herleiten lassen.

2.) Der zeitweilige Ausschluß des Verurteilten von der motorisierten Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr verstößt auch nicht gegen das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, wenn man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 I GG ¹⁵⁷⁾ zugrundelegt, wonach unter der "verfassungsmäßigen Ordnung" im Sinne dieser Vorschrift die verfassungsmäßige Rechtsordnung, also jede formell und materiell der Verfassung gemäße Rechtsnorm zu verstehen ist, an der die Entfaltung der Persönlichkeit ihre Schranke findet. Insbesondere liegt in derartigen Auflagen auch kein nach Art. 1 I GG unzulässiger Eingriff in die Intimsphäre der primitivsten sozialen Bedürfnisse des Menschen, nachdem der Verurteilte ja nicht überhaupt vom öffentlichen Verkehr ausgeschlossen ist, sondern unter Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel etc. weiter an ihm teilnehmen kann.

3.) Hingegen hält S c h r ö d e r ¹⁵⁸⁾ die Auflage, sein Kraftfahrzeug für eine bestimmte Zeit der Polizei zur Aufbewahrung zu geben, wegen Verstoßes gegen Art. 14 GG für verfassungswidrig. Dies trifft sicherlich zu für den Fall, daß der Verurteilte ausnahmsweise gerade während dieser Zeit sein Fahrzeug ernstlich zu verkaufen entschlossen sein sollte, und ihm dies durch die Auflage unmöglich gemacht würde. Die dennoch erteilte Auflage wäre im übrigen auch erzieherisch geradezu zweckwidrig. Weitaus schwieriger ist jedoch die Beantwortung der Frage, ob ein Grundrechtsverstoß vorliegt, in dem Regelfall, daß der Verurteilte sein Fahrzeug selbst gebrauchen will -- sei es als Ver-

156) Sh. unten unter II 2!

157) Insbes. BVerfGE 6,32. -- Im übrigen vgl. dazu ausführlich oben im 2. Kap. unter I A 3 b!

158) Schönke-Schröder § 24 Anm. II 1 b aa; ebenso S t r e e . a.a.O., S. 187.

kehrsmittel, sei es als "Spielzeug". Hier ist folgendes zu bedenken: Der Inhalt des nach Art. 14 I S. 1 GG gewährleisteten Eigentumsrechts ist zwar nach Art. 14 I S. 2 GG in Verbindung mit § 903 BGB grundsätzlich als die Berechtigung festgelegt, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschließen. Aber schon in der Formulierung "soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen," kommt doch eine gewisse soziale Bindung zum Ausdruck, die besonders im Strafrecht in den Bestimmungen über die Brandstiftung und Überschwemmung u.s.w., ganz besonders aber im Wirtschaftsrecht der Kriegs- und Krisenzeiten ihren markanten Ausdruck findet. M.E. erscheint auch an dieser Stelle die Anerkennung einer gesetzlichen sozialen Schranke in der Weise geboten, daß der Täter auch nicht mittelbar (durch Gefährdung der strafrechtlichen Schutzgüter) sein Eigentum in einer gegen die Strafgesetze verstoßenden Weise sollte mißbrauchen dürfen, und damit auch die Sicherung der Innehaltung dieser Schranke durch spezialpräventive Maßnahmen der in Rede stehenden Art ¹⁵⁹⁾. Dies erscheint rechtsstaatlich umso eher vertretbar, wenn man betont, daß dem Verurteilten, so bald er ernsthafte Verwertungspläne geltend macht, sein Eigentum selbstverständlich umgehend zurückgegeben werden muß, gegebenenfalls unter Erteilung einer neuen Auflage ähnlichen oder auch anderen Inhalts.

II.

Die eigentliche, auch im Schrifttum immer wieder diskutierte Problematik derartiger Weisungen liegt an einer anderen Stelle, nämlich in der Frage des rechtlichen Verhältnisses dieser Maßnahmen zur Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 42 m StGB. Davon war im Zusammenhang bereits oben im 3. Kapitel die Rede; hier sollen v.a. die Einzelheiten der Diskussion nachgetragen werden.

159) Sh. dazu allgemein oben im 2. Kap. unter I A 1 a.

1.) Im Falle des V o r l i e g e n s der Voraussetzungen, die nach § 42 m StGB den Strafrichter zur Entziehung der Fahrerlaubnis berechtigen, ist in Ergänzung des oben allgemein Dargelegten hier noch speziell auszuführen, daß die Entziehung der Fahrerlaubnis ihrem Wesen nach eine einschneidende Maßnahme darstellen soll, die erst dann angebracht erscheint, wenn die mangelnde Fähigkeit des Angeklagten zur Führung von Kraftfahrzeugen einen solchen Grad erreicht hat, daß eine Sperrfrist von wenigstens 6 Monaten angemessen erscheint ¹⁶⁰⁾. Aus dieser Erwägung wurde auch vor einiger Zeit die Einführung eines Fahrverbots als Nebenstrafe abgelehnt, weil dann zu befürchten gewesen wäre, daß eine zu milde Rechtsprechung auch dort Fahrverbote von wenigen Wochen verhängt hätte, wo in Wirklichkeit eine Entziehung der Fahrerlaubnis am Platze gewesen wäre ¹⁶¹⁾. Wo § 42 m StGB anzuwenden ist, darf er nicht durch mildere Maßnahmen umgangen werden: Dies gilt auch für Bewährungsauflagen und -- insbesondere im Hinblick auf die abweichende Auffassung von P o t r y k u s -- auch für das Jugendkriminalrecht ¹⁶²⁾, in dem der Sicherungsgedanke auch gegenüber dem in diesem Rechtsgebiet sonst unbestreitbar vorherrschenden Erziehungsgedanken seinen Raum hat, wie sich per arg. § 7 JGG ergibt ¹⁶²⁾.

2.) Die größte praktische Bedeutung kommt aber wohl dem Gesichtspunkt der "Gesetzesumgehung", der "Sperrwirkung" des § 42 m StGB zu, die den Täter, -- wenn die Voraussetzungen für die Entziehung der Fahrerlaubnis n i c h t gegeben sind --, regelmäßig "auch negativ abschirmen" soll ¹⁶³⁾.

160) Vgl. neuerdings LG Karlsruhe DAR 1959, 105 Nr. 58.

161) Vgl. L a c k n e r DAR 1958, 286 ff., insbes. 288.

162) Sh. dazu eingehend oben im 3. Kap. unter II 3 a!

163) B r u n s GA 1956, 211 ff.; 1959, 223 ff.;
ihm folgend neuerdings z.B. H e l l m e r, StrAJug.,
S. 80.

Dabei ist vorweg kurz auf den Gegeneinwand von R e i - c h e ¹⁶⁴⁾ einzugehen, der behauptet, von einer "faktisch gleichen" Wirkung in diesem Sinne könne bei der Auflage der freiwillig befristeten Hinterlegung des Führerscheins etc. nicht gesprochen werden, weil diese Maßnahme im Gegensatz zur Entziehung der Fahrerlaubnis nicht ins Register eingetragen werde und der Verurteilte außerdem der Notwendigkeit enthoben sei, zur Wiedererlangung der Fahrerlaubnis eine (stets mit Kosten verbundene) erneute Fahrprüfung abzulegen. -- Dies ist sicherlich richtig, reicht aber m.E. dennoch nicht aus, um bereits aus diesem Grunde eine "Sperrwirkung" des § 42 m StGB zu verneinen. Der substantielle Kern dieser Maßnahmen besteht eben in dem einen wie in dem anderen Falle darin, daß der Verurteilte während einer bestimmten Zeit ununterbrochen oder doch im wesentlichen ununterbrochen ¹⁶⁵⁾ von der eigenhändigen Führung eines Kraftfahrzeuges ausgeschlossen sein soll. Dies ist bei der Entziehung der Fahrerlaubnis wie beim befristeten Fahrverbot oder bei der Auflage der freiwilligen Hinterlegung des Führerscheins in gleicher Weise der Fall; anders zu beurteilen wäre unter gewissen Umständen höchstens die Auflage der Ablieferung des eigenen Fahrzeugs zur zeitweisen Aufbewahrung, weil hier der Verurteilte von der (anderweitigen) motorisierten Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr, -- etwa mit dem Lieferwagen seines Arbeitgebers etc. --, ja rechtlich gar nicht ausgeschlossen ist.

Im übrigen ist diese Problematik nach dem Ergebnis der oben im 3. Kapitel angestellten grundsätzlichen Überlegungen nur mehr mittelbar von Bedeutung. Zwar hat das OLG Hamm im Leitsatz seiner Entscheidung in VRS 10,49 ausgesprochen, die bedingte Entlassung könne nicht mit der Auflage erfolgen, daß der Verur-

164) DRiZ 1957,140; ähnlich S c h ä f e r in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, a.a.O., S. 24 f.

165) Im Rahmen der Problematik der "Sperrwirkung" des § 42 m interessiert wohl nur diese Gruppe von Auflagen. Im übrigen vgl. unten unter III 3!

teilte eine gewisse Zeit kein Kraftfahrzeug führt¹⁶⁶⁾. Im Gegensatz zu B r u n s¹⁶⁷⁾, der dieser Entscheidung eine ganz grundsätzliche Bedeutung im Sinne einer Stellungnahme gegen j e g l i c h e Führerscheinentziehung auf "kaltem", d.h. anderem als dem in § 42 m vorgesehenen Wege beimißt¹⁶⁸⁾, möchte ich jedoch meinen, daß die genannte Entscheidung bei näherem Zusehen nur bedingt gegen die in der Frage der "Sperrwirkung" vom Bundesgerichtshof und im Anschluß daran auch hier vertretene grundsätzliche Auffassung¹⁶⁹⁾ ins Feld geführt werden kann. Dies, obgleich die Entscheidung im Ergebnis wohl zutrifft, aus zwei Gründen: Einmal handelte es sich in dem vom OLG Hamm entschiedenen Fall um einen 62-jährigen Reisevertreter, dem es nach den tatsächlichen Feststellungen des Gerichts kaum möglich gewesen wäre, in seinem Alter bei einer anderen Firma eine andere Stellung zu bekommen, wenn er -- da ohne Führerschein -- seinen Beruf schon notgedrungen hätte wechseln müssen. Der Beschwerdeführer wäre daher durch eine solche Auflage gehindert gewesen, die für ihn günstigsten Arbeitsmöglichkeiten wahrzunehmen. Die Aufhebung des Fahrverbots erfolgte daher u.a. auch wegen Verstoßes gegen § 24 II S. 2 StGB. Damit aber kommt der Begründung der Entscheidung aus dem Gesichtspunkt der "Gesetzesumgehung", mag diese auch äußerlich an erster Stelle stehen und besonders hervorgehoben sein, praktisch nur noch die Bedeutung einer Hilfsbegründung zu¹⁷⁰⁾. Davon abgesehen, kann aber auch aus der hier speziell

166) Genau betrachtet, lautet der Leitsatz der angezogenen Entscheidung freilich folgendermaßen: "Die bedingte Entlassung eines wegen fahrlässiger Tötung und Fahrerflucht Verurteilten kann nicht mit der Auflage erfolgen ...". (Sperrung von mir). Zur Bedeutung dieser Formulierung sh. im folgenden!

167) GA 1956,211; 1959,226.

168) Dies liegt nach der grundsätzlichen Linie der einschlägigen Entscheidungen dieses Gerichts zugegebenermaßen nahe. Vgl. OLG Hamm NJW 1955,34; 1956,1887 und a.a.O.

169) Vgl. oben im 3. Kap., insbes. unter I 2 a!

170) Ganz offen sprach dagegen das LG Rottweil DAR 1958,193 seine Unsicherheit in diesem Punkt aus und ließ die umstrittene Frage der "Gesetzesumgehung" auf sich beruhen, nachdem es die Zulässigkeit des Mopedverbots schon nach § 24 II S. 2 StGB verneinen zu können glaubte.

interessierenden Begründung für die Annahme einer "Sperrwirkung" des § 42 m in grundsätzlicher Hinsicht kaum etwas hergeleitet werden. Denn die Auflage, während dreier Jahre kein Kraftfahrzeug zu führen, war über einen nach § 26 StGB bedingt Entlassenen verhängt worden, der wegen fahrlässiger Tötung und Unfallflucht (!) verurteilt worden war. Dieser Sachverhalt legt die Vermutung dringend nahe, daß die aufgehobene Auflage in dem konkreten Fall in Wahrheit doch der Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit habe Einhalt tun, also eine Sicherungsmaßregel ersetzen sollen, die vielleicht im Urteil nicht hatte angeordnet werden können, deren Nachholung jedenfalls rechtlich nicht mehr möglich war. In einem solchen Falle würde in der Tat nachträglich eine Maßnahme getroffen "auf einem Wege, den der Gesetzgeber hierfür nicht vorgesehen hat" ¹⁷¹⁾. Damit aber liegt -- nach dem Dargelegten eigentlich ein überraschendes Ergebnis -- keine einzige (veröffentlichte) höchstrichterliche Entscheidung vor, in welcher die Unzulässigkeit eines auflageweisen Fahrverbots etc. allein auf eine allgemeine (!) "Sperrwirkung" des § 42 m StGB gestützt worden wäre ¹⁷²⁾.

Methodisch bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang schließlich auch, daß wohl alle Autoren ¹⁷³⁾, welche die Zulässigkeit der Auflage der Führerschein hinterlegung etc. aus diesem Grunde verneinen, von einer rechtlichen Zweckbetrachtung ausgehen, nämlich in mehr oder weniger wechselnder Formulierung ihre Auffassung damit begründen, eine solche Maßnahme sei "untrennbar mit dem Sicherungszweck verknüpft" ¹⁷⁴⁾.

171) B r u n s , a.a.O.

172) Auch OLG Celle DAR 1954,141 = GA 1954,249 enthält zu dieser Frage nicht mehr als ein obiter dictum.

173) Vielleicht mit Ausnahme von B r u n s , a.a.O., und L a n g - H i n r i c h s e n , Gutachten, S. 89.

174) So v.a. L o r e n z DRiZ 1957,217; P e n t z NJW 1954, 337; P e t e r s , KrimSt. 194; ferner Kroschel-Doerner, Die Abfassung der Urteile in Strafsachen, a.a.O., S. 132; G ö b e l NJW 1954,16. -- Dagegen und im Ergebnis anderer Meinung v.a. H a r t u n g DRiZ 1958,51; Kohlrausch -

Dieser Gedanke hat auch im Ergebnis einiges für sich, wenn man dabei an die Fälle der "Verkehrssünder" denkt, in denen ein gewisses Sicherungsbedürfnis der Allgemeinheit zwar mehr oder weniger gefühlsmäßig schon besteht, aber rechtlich nicht stark genug ist, um eine Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 42 m StGB zu rechtfertigen, oder an die Fälle der bedingten Entlassung, in denen die an sich angebrachte, im Urteilsausspruch aber versäumte Sicherungsmaßregel rechtlich nicht mehr nachgeholt werden kann. Grundsätzlich allerdings ist diese Auflage wohl als "Denkzettel" bedenkenfrei, nachdem die Sühne als hervorragendes Element des Resozialisierungsgedankens erkannt worden ist 175). Vor allem wird die Theorie von der Untrennbarkeit von Fahrverbot und Sicherungsgedanke m.E. schlagend durch die bereits genannten Beispiele widerlegt, daß der Verurteilte aus übertriebener Motorsportneigung Benzin gestohlen, Betrügereien begangen oder mit seinem Fahrzeug nachts entfernt gelegene Wirtschaften aufgesucht habe. Zumindest in diesen Fällen muß es möglich sein, der tieferen Ursache der abgeurteilten Straftat wirksam mit Auflagen zu begegnen, und zwar, wenn dies notwendig sein sollte, auch mit Auflagen, die in ihren Wirkungen der Sicherungsmaßregel nach § 42 m StGB wenn nicht gleich-, so doch sehr nahe kommen.

III.

1.) Nach diesen Überlegungen beantwortet sich endlich die Frage von selbst, ob etwa ein *M o p e d v e r b o t* im Auflagenwege, also ein Fahrverbot für nicht erlaubnispflichtige Fahrzeuge 176), statthaft ist oder aber aus der Erwägung heraus

L a n g e § 42 m Anm. II, V 1 (2. Abs.); M a u r a c h I, S. 642; R e i c h e DRiZ 1957, 140, 306; ferner G r e t h l e i n § 10 Anm. 2 b (8); P o t r y k u s NJW 1954, 822 Anm. 11; MDR 1955, 73; JGG, § 10 Bem. 1; S c h n i t z e r l i n g DAR 1956, 124; MDR 1957, 203; Prakt. Bewährungshilfe, S. 35, 37; S c h u l t z BewH 1957, 28.

175) Dies v.a. gegen OLG Celle, a.a.O.; P e n t z, a.a.O.

176) Bei Jugendlichen käme etwa auch ein Fahrradverbot in Betracht.

abgelehnt werden muß, der Gesetzgeber habe insoweit eine Beschränkung überhaupt nicht vorgesehen. Im Rahmen des durch die Auflagen zu verwirklichenden Resozialisierungszwecks, im Jugendkriminalrecht des Erziehungszwecks, kann es, grob gesprochen, keinen Unterschied ausmachen, ob der Verurteilte wegen eines Motorrades oder wegen eines nicht führerscheinpflichtigen Mopeds zum Delinquenten geworden ist. Fahrverbote aller Art sind daher grundsätzlich auch insoweit zulässig.

2.) Ein letzter rechtlicher Einwand, der im Schrifttum gegen jene Weisungen geltend gemacht worden ist, ist die Behauptung von Lorenz¹⁷⁷⁾, eine derartige Maßnahme sei gar keine echte Auflage; hier werde ja die geforderte Leistung -- nicht selbst zu fahren -- gar nicht freiwillig erbracht, sondern erzwungen, indem der Verstoß gegen diese Auflage in § 24 StVG selbständig mit Strafe bedroht sei. Hiergegen ist zunächst im Grundsätzlichen richtigzustellen, daß in diesen Fällen nicht die Vergehensstrafe nach § 24 StVG, sondern nur die Übertretungsstrafe nach den §§ 4 II, 71 StVZO eingreift¹⁷⁸⁾. Materiell handelt es sich bei der in dem Verstoß gegen die Auflage liegenden Straftat sonach um eine Ordnungswidrigkeit. Wenn hier über den faktischen Zwangscharakter, der jeder Auflage anhaftet¹⁷⁹⁾, hinaus eine zusätzliche Straf-, materiell sogar bloß Bußsanktion die Durchsetzung der Auflage unterstützt, so ist dies eine in der Eigen-

177) DRiZ 1957,217.

178) Vgl. Floegel - Hartung, Straßenverkehrsrecht, 11. Auflage, München und Berlin 1958, § 24 StVG Anm. 3 mit Nachw.; vgl. ferner auch BGHSt. 6,34 und ähnlich OLG Hamm NJW 1957,1247 Nr. 21: Wer seinen Führerschein deshalb nicht mit sich führen kann, weil er ihm von der Polizei abgenommen worden ist, ist nicht nach § 24 StVG strafbar. Denn derartige polizeiliche Maßnahmen können nicht einen Zustand herbeiführen, der praktisch einer Entziehung der Fahrerlaubnis gleichkäme.

179) Dies betont gegen Lorenz, a.a.O. zutreffend v.a. Reiche DRiZ 1957,306.

art der Führerscheinpflcht begründete Erscheinung und als solche eine durchaus gerechtfertigte Nebenfolge auch der Auflage, umso mehr, als dieser zusätzliche faktische Zwang neben dem durch das Risiko des Widerrufs der Strafaussetzung ¹⁸⁰⁾ ohnehin bestehenden kaum ins Gewicht fällt.

3.) Bei der Anordnung der Auflage eines Fahrverbots, einer befristeten Hinterlegung des Führerscheins oder einer zeitweiligen Ablieferung von Kraftfahrzeugen ist endlich in besonderem Maße der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen dem Ausmaß der erteilten Weisung und der tatadäquaten Resozialisierungsbedürftigkeit des Täters zu beachten, wie er bereits oben zur Frage der Höhe der Spendenauflage nach § 24 I S. 2 Nr. 5 StGB herausgearbeitet worden ist ¹⁸¹⁾. Nachdem dieser Gesichtspunkt eine grundsätzlich andere rechtliche Begrenzung der betreffenden Maßnahmen ergeben wird als die durch das Sicherungsbedürfnis der Allgemeinheit nahegelegte, ist es im Gegensatz zur Entziehung der Fahrerlaubnis auch möglich, im Wege der Auflage zeitlich kürzer befristete oder gegenständlich beschränkte Fahrverbote zu verhängen. So kann dem Verurteilten etwa aufgegeben werden, nachmittags nach 17 Uhr (nach Heimkehr von der Arbeitsschicht) oder Sonnabend nachmittags sowie an Sonn- und Feiertagen und an sonst arbeitsfreien Tagen sein Kraftrad oder Moped nicht zu benutzen. Sicherstellen ließe sich die Befolgung einer solchen Anordnung dadurch, daß man den Probanden verpflichtet, jeden Sonnabend nachmittag um 14 Uhr bis Montag früh sein Fahrzeug oder seinen Führerschein bei irgendeiner amtlichen Stelle zur Aufbewahrung abzuliefern ¹⁸²⁾. In der Regel der Fälle wird eine solche zeitliche Befristung sogar rechtlich geboten erscheinen. Wenn die Auflage nämlich ein -- durch ihre inhaltliche Einzelausgestaltung und Dauer mehr oder weniger eindringlicher --, aber doch stets ein erzieherisch wirkender "Denk-

180) Bzw. im Jugendkriminalrecht der Verhängung von Jugendarrest nach § 11 II JGG.

181) Vgl. oben in diesem Kapitel, 3. Abschn. unter II

182) Vgl. etwa H a r t u n g , DRiZ 1958, 51.

zettel" sein soll, so verliert sie doch diese Eigenschaft in aller Regel bei Verboten, die an die Sechsmonatsgrenze des § 42 m StGB herankommen. Auf diese Weise kann die Auflage, -- sofern sie über das zur Resozialisierung des Täters unbedingt und unabdingbar Notwendige hinausgeht --, allein schon durch ihre lange Dauer einen Sicherungscharakter annehmen, auch wenn dies vom Richter nicht gewollt ist. Im E r g e b n i s wird daher auch die vorliegende Untersuchung auf die v.a. von B r u n s befürwortete "rechtsstaatlich saubere" formale Abgrenzung hinauslaufen; in der Begründung kann aber gerade die davon abweichende, m.E. aber gesetzlich vorgeschriebene "elastische", teleologische Abgrenzungsmethode unter rechtsstaatlichen Aspekten auch an dieser Stelle umso eher aufrechterhalten werden.

6. Abschnitt:

Überblick über die wichtigsten
der restlichen bekannt gewordenen Auflagen bzw.
Auflagemöglichkeiten.

I.

1 a) Im Bereich der Strafaussetzung zur Bewährung des Erwachsenenrechts finden sich außer den in § 24 I S. 2 StGB ausdrücklich aufgeführten oder doch unter eine jener sechs Nummern subsumierbaren Auflagen in der Judikatur wie im Schrifttum kaum weitere Beispiele. Die Gerichte sind -- wie bereits in der Einleitung zu dieser Arbeit angedeutet --, in der "Erfindung" von Auflagen von wirklicher kriminalpolitischer Bedeutung nicht sehr einfallsreich gewesen; jedenfalls kann von einer "Auflageninflation" ¹⁸³⁾ keine Rede sein. Die Zusammenstellung wirklich "aparter" (ebenso wie rechtlich bedenklicher), auf der gesetzlichen Generalklausel basierender Auflagen bei B r u n s ¹⁸⁴⁾

183) So anscheinend B r u n s NJW 1959, 1393.

184) GA 1959, 202 ff. m. Nachw.

ist nahezu erschöpfend. Hier kann es nur darum gehen, unter den restlichen, nicht bereits im Zusammenhang behandelten die kriminalpolitisch für die Praxis einigermaßen typischen Auflagenbeispiele wenigstens gruppenweise zusammenzustellen und ihre etwaige rechtliche Problematik mehr oder weniger strichweise zu skizzieren.

aa) Die kriminalpolitisch zweifellos bedeutsamste Gruppe von Auflagen bilden diejenigen, welche durch **A u f e n t h a l t s - r e g e l u n g e n** der Gelegenheit und dem Anreiz zur Begehung von weiteren Straftaten entgegenwirken sollen. So kann die Auflage, nicht in bestimmten Großstädten zu arbeiten ¹⁸⁵⁾ oder moralisch verderbliche Gegenden wie Bordelle, bestimmte Wirtschaften, notfalls Wirtshäuser im allgemeinen, u.U. auch Truppenübungsplätze zu meiden, das Verbot an einen Fußballfanatiker, der einen Schiedsrichter tätlich angegriffen hatte, während der Bewährungszeit Fußballspielen am Austragsort zuzusehen ^{185 a)}, verhindern, daß der kriminell gefährdete Täter durch den Tatanzreiz oder durch schlechte Gesellschaft erneut einschlägig straffällig wird.

Für Hoch- und Landesverräter u.ä. werden sich die Auflagen anbieten, in der Bundesrepublik dauernden Wohnsitz oder Aufenthalt zu nehmen ¹⁸⁶⁾, das Gebiet der Bundesrepublik nicht ohne Genehmigung des Gerichts zu verlassen oder überhaupt die Ostzone nicht zu besuchen ¹⁸⁷⁾. Bei solchen Weisungen ist dann jeweils zu beachten, ob nicht bereits die nächstschwächere Maßnahme zur Resozialisierung des Täters ausreicht. -- Grundrechtliche Bedenken gegen solche Weisungen bestehen aus dem Gesichtspunkt des

185) OLG Bremen GA 1957,415; Besprechung dieser Entscheidung sh. oben im 2. Kapitel unter I A 3 i a.E.

185 a) S t r e e , a.a.O., S. 157,169.

186) Vgl. KM § 268 a Anm. 3 a. -- Diese Auflage ist freilich faktisch problematisch, da die Ostzonengerichte trotz der bestehenden gegenseitigen Rechtshilfe in Strafsachen bei Zuwiderhandlungen gegen diese Auflage die Strafaussetzung niemals widerrufen werden.

187) LG Karlsruhe v. 1.10.1958, KMs 2/58 bei Bruns GA 1959,203 Anm. 54.

Art. 11 GG nicht ¹⁸⁸⁾. Auch Art. 1 I GG wird, soweit dem Verurteilten mit der Auflage der Umgang mit bestimmten Personen verboten werden soll, im Hinblick auf den Anwendungsbereich jener Maßnahmen regelmäßig nicht verletzt.

Art. 2 I GG scheidet ja nach der von der Rechtsprechung gegebenen Auslegung des Begriffs der "verfassungsmäßigen Ordnung" aus der rechtlichen Diskussion insoweit überhaupt aus.

bb) S i t t l i c h k e i t s v e r b r e c h e r n wird man aufgeben können, nicht in der Nähe von Schulhäusern zu wohnen (Exhibitionist) ¹⁸⁹⁾, Jugendliche nicht auf Berghütten mitzunehmen (§ 175 StGB) ¹⁹⁰⁾, keine minderjährigen weiblichen Verkäuferinnen zu beschäftigen (Unzucht mit Abhängigen) ¹⁹⁰⁾ oder auch, sich mit bestimmten Personen überhaupt nicht zu treffen ¹⁹¹⁾. -- Obwohl gerade in den Fällen, in denen die letztere Weisung angebracht erscheint, u.U. tiefe menschliche Bindungen vorliegen können, so wird man doch trotzdem, wenn man mit dem geltenden Strafgesetz etwa die starren Altersgrenzen der §§ 176 I Nr. 3, 182 I StGB oder die Strafbarkeit der im Einzelfall u.U. überaus problematischen Unzucht mit Abhängigen ¹⁹²⁾ oder der sog. "unechten" Blutschande und endlich der männlichen Homosexualität ¹⁹³⁾ unter dem Gesichtspunkt der durch Art. 1 I GG absolut geschützten persönlichen Intimsphäre überhaupt anerkennt, nicht

188) Vgl. Amtl. Begr., S. 98 (zu §. 102 E 1958 = § 100 der überarb. Fassung); im übrigen sh. oben im 2. Kapitel unter I A 3 k.

189) Warum P e t e r s , KrimSt. 194 (mit weiteren Beispielen dieser Art) eine solche Auflage als "rein äußerliche" (Sicherungs-)maßnahme für unzulässig hält, ist nicht recht einzusehen. M.E. erscheint auch eine Verminderung des Tatanzweizes in dieser Weise u.U. durchaus sinnvoll.

190) Vgl. S c h u l t z BewH 1957,28 aus der schweizerischen Rspr.

191) Vgl. ausdrücklich § 78 I S. 2 Nr. 3 E 1958.

192) Vgl. etwa die Rechtsprechungsnachweise bei Schönke-Schröder §. 174 Anm. II 2 hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals des "Mißbrauchs zur Unzucht".

193) Vgl. BVerfGE 6,389; BGH NJW 1952,796.

umhin können, auch die Verfassungsmäßigkeit derartiger Weisungen zu bejahen. Hingegen scheint mir die Auflage, ein ehebrücherisches Verhältnis aufzugeben, mit Art. 1 I GG nicht vereinbar zu sein. Denn im Gegensatz zu den eben genannten Bestimmungen gibt die Rechtsordnung in § 172 StGB gerade zu erkennen, daß sie sich nur auf die Initiative des Verletzten, und auch insoweit -- wie aus der rechtlichen Möglichkeit der Befreiung vom Ehehindernis des Ehebruchs nach Art. 6 II EheG hervorgeht -- nur in einem ganz eng umgrenzten Rahmen in die natürlichen (wenngleich von ihr nicht gewünschten) intimen menschlichen Beziehungen hinein-drängen will.

cc) In der Praxis des Erwachsenenrechts sind neben den Fahrverboten in mancherlei Form ¹⁹⁴⁾ für V e r k e h r s s ü n d e r auch die Auflagen von Bedeutung, einen Lehrgang für Mopedfahrer zu besuchen oder eine Haftpflichtversicherung abzuschließen ¹⁹⁵⁾. Nicht unproblematisch erscheint unter dem Gesichtspunkt des Art. 1 I GG die Auflage, dem beim Unfall schuldhaft Verletzten, falls er umzuschulendes Verkehrsoffer ist, bei der Gründung einer neuen Existenz zu helfen ¹⁹⁶⁾. Man wird die Zulässigkeit -- und überdies die erzieherische Eignung -- dieser Auflage als einer speziellen Ausgestaltung der Wiedergutmachungsaufgabe unbedenklich wohl dann bejahen können, wenn der Verurteilte, grob gesprochen, mit Geldmitteln der Auflage nachkommen kann. Dagegen wird man eine Ausgestaltung der Auflage in der Weise, daß der Verurteilte den Verletzten etwa in seinen Handwerksbetrieb aufnehmen soll und so das Opfer seines Leichtsinns ständig vor Augen haben muß, rechtlich nicht billigen dürfen.

194) Zu deren rechtlicher Problematik sh. ausführlich im vorhergehenden Abschnitt!

195) Vgl. etwa S c h n i t z e r l i n g MDR 1957, 202.

196) Vgl. S c h n i t z e r l i n g , a.a.O. und Praktische Bewährungshilfe, S. 36

dd) Für die Fälle der *Beleidigungs* kriminalität sieht der E 1958 in § 77 I S. 2 Nr. 2 v.a. die Auflage der Entschuldigung auch im Erwachsenenstrafrecht vor¹⁹⁷⁾, die jedoch in der Regel der Fälle schon wegen Art. 1 I GG durch die in Nr. 3 dieser Bestimmung ausgeführte Auflage des Widerrufs der ehrenrührigen Behauptung wird ersetzt werden müssen. Ein Verstoß gegen Art. 5 I GG ist in diesen Maßnahmen nicht zu erblicken, handelt es sich doch um Fälle, in denen -- nach der Formulierung von *D ü r i g* -- der Täter "gewissermaßen an den grundrechtlichen Ausgangspunkt seiner störenden Handlungsweise zurückgedrängt" wird¹⁹⁸⁾. Zweifelhaft könnte freilich sein, ob jene Gruppe von Auflagen *de lege lata* im Hinblick auf Art. 103 II GG als zulässig angesprochen werden kann. Dies wird bei der Entschuldigungsaufgabe und bei der Auflage, eine ehrenrührige Behauptung zu widerrufen, im Hinblick auf § 24 I S. 2 Nr. 1 StGB grundsätzlich noch bejaht werden können. Hingegen wird man das Verbot weiterer politischer Betätigung an den wegen Beleidigung verurteilten Parteiredner, welches unter Grundrechtsgesichtspunkten an sich nicht zu beanstanden wäre¹⁹⁹⁾, aus § 24 I S. 2 Nr. 1 nicht rechtfertigen können, da jene Bestimmung nur die "Reparierung" bereits geschehenen Grundrechtsfehlgebrauchs deckt. -- Über Auflagen, die das Petitionsrecht (Art. 17 GG) betreffen, vgl. *S t r e e*, a.a.O., S. 189. Daß weitere Auflagen dieser Art in rechtlich außerordentlich gefährliches Gelände führen, mag noch eine Auflage verdeutlichen, wie sie etwa von *R i e d e l* 200) aus den letzten Monaten der gnadenweisen Strafaussetzung berichtet wurde: In Lübeck hatte eine Frau absichtlich die frischgewaschene Wäsche ihrer Nachbarin beschmutzt. Es wurde ihr daraufhin vom Richter aufgegeben, die große Wäsche dieser Nachbarin drei Monate lang selbst zu waschen. Es ist nahezu sicher, daß

197) Vgl. auch schon *L o r e n z* JR 1949,397.

198) Vgl. hierzu eingehend oben im 2. Kap. unter I A 1 und v.a. unter I A 3 et

199) Sh. oben a.a.O., a.E.

200) Diss., S. 55 (Lübecker Freie Presse Nr. 47 v. 25.2.1953)

diese "Kur" die Delinquentin vor einem Rückfall bewahrt haben wird, aber es ist ebenso sicher, daß auch die Rechtstreue ausgesprochen schikanöser Kleinkrimineller nicht durch schikanöse (lies: gegen Art. 1 I GG verstoßende) Maßnahmen gestärkt werden darf.

b) Zur Indikation der Auflagen bei bedingter Entlassung nach § 26 StGB ist einmal zu bedenken, daß es sich hier um Täter handelt, denen entweder wegen ungünstiger Prognose die Strafaussetzung nicht von Anfang an bewilligt worden ist oder wegen der Höhe der Strafe oder wegen des entgegenstehenden öffentlichen Interesses nicht bewilligt werden konnte. Obwohl über § 26 III auch § 24 StGB Anwendung findet, werden sich daher bei den Resozialisierungsmaßnahmen im einzelnen manche Abweichungen ergeben. Eine Zusammenstellung solcher Maßnahmen mit besonderer Blickrichtung auf die Bedürfnisse der bedingt Entlassenen findet sich etwa bei W a h l in BewH 1954,60 f. Es sind dies im einzelnen v.a. die Verpflichtung, sich bei allen auftauchenden Schwierigkeiten sofort mit dem Bewährungshelfer in Verbindung zu setzen und wichtige Entscheidungen (z.B. Heirat, Ehescheidung ²⁰¹⁾) erst mit ihm zu besprechen, in regelmäßigen Zeitabständen schriftlich oder mündlich an ihn zu berichten oder bestimmte Gegenden nur bei Vorliegen eines zureichenden Grundes und nur dann zu betreten, wenn der Bewährungshelfer vorher dazu seine Einwilligung erteilt hat. Auch Aufenthaltsweisungen und solche zur Sicherung der beruflichen Existenz werden empfohlen, wie sie bereits oben im Zusammenhang aufgeführt worden sind. -- Nicht dürfte wohl dagegen die bedingte Entlassung unter der Auflage der Entschuldigung beim Verletzten oder der Zahlung eines Geldbetrages zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung statthaft

201) Der Widerrufsgrund bei Nichterfüllung der Auflage wird allerdings in solchen Fällen auf das genaueste zu prüfen sein. Denn selbst, wenn sich diese Weisung grundsätzlich innerhalb der Grenze des nach Art. 1 I GG Zulässigen bewegt, so kommt sie ihr doch u.U. im Einzelfall sehr nahe.

sein. Denn während bei der Entscheidung über die Auflagen bei der Strafaussetzung zur Bewährung die Gesamtheit aller Strafzwecke (mit Ausnahme des Sicherungszwecks) Berücksichtigung finden, steht bei der bedingten Entlassung eindeutig die spezialpräventive Frage im Vordergrund. Leistungsaufgaben, die vorwiegend dem Sühnebedürfnis dienen, sind jedenfalls bei der bedingten Entlassung grundsätzlich nicht zulässig, weil durch die Strafvollstreckung dem Sühnebedürfnis in der Regel bereits genügt ist ²⁰²⁾. Es erscheint daher auch bemerkenswert, wenn § 83 IV E 1958 ²⁰³⁾ bei der Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung die Anordnung von "Auflagen" nach § 77 a.a.O. nicht zuläßt, weil es "aus grundsätzlichen Erwägungen nicht unbedenklich" sei, "dem Entlassenen lange nach seiner Verurteilung Beschränkungen aufzuerlegen, die nicht der Begehung weiterer Straftaten vorbeugen sollen, sondern den Ausgleich der Schuld bezwecken" ²⁰⁴⁾. De lege lata freilich sollte m.E. in Fällen, in denen eine bedingte Entlassung ausnahmsweise etwa nur noch an Gründen der Sühne scheitern müßte, das der Entlassung entgegenstehende rechtliche Hindernis, falls möglich, auch durch die Erteilung einer vornehmlich Sühnecharakter tragenden Auflage ausgeräumt werden können, was in Anbetracht des gesetzlichen Zustimmungserfordernisses vielfach wohl auch erfolgsversprechend wäre.

2.) Die Fälle der "besonderen Pflichten" bei Aussetzung einer Unterbringung nach § 42 h StGB nehmen, wie bereits im 1. Kapitel dieser Arbeit an mehreren Stellen ausgeführt, in kriminalpolitischer und auch in rechtlicher Hinsicht eine gewisse Sonderstellung ein, indem sie nicht nur zur Resozialisierung des Täters im engeren Sinne, sondern in bestimmten Grenzen auch zur Sicherung der Allgemeinheit im Sinne einer progressiven Lockerung

202) So Schönke - S c h r ö d e r § 26 Anm. VI. (Die Worte "grundsätzlich" und "in der Regel" sind vom Verf. hinzugefügt.)

203) § 82 der überarb. Fassung. - Sh. dazu insbes. auch die Amtl. Begr., S. 82.

204) Amtl. Begr., a.a.O.

der Unterbringung als der zuverlässigsten Form der Sicherung dienen können ²⁰⁵⁾, was nach der neuen Regelung des Maßregel(aussetzungs)rechts des E 1958 besonders deutlich wird.

J a g u s c h ²⁰⁶⁾ empfiehlt in den Fällen des § 42 h allgemein die Unterstellung unter einen Bewährungshelfer. Darüber hinaus werden v.a. folgende Einzelweisungen vorgeschlagen:

a) Die Entlassung des vermindert Zurechnungsfähigen aus der Heil- oder Pflegeanstalt kann unter der Auflage erfolgen, sich einer ärztlichen Heilbehandlung zu unterziehen ²⁰⁷⁾.

b) Dem aus der Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt bedingt Entlassenen kann aufgegeben werden, Wirtschaften zu meiden oder sich einem Verein zur Bekämpfung des Alkoholismus (z.B. dem Blaukreuz-Verein) anzuschließen und in diesem aktiv mitzuarbeiten. Die letztere Weisung dürfte auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 9 GG unbedenklich sein, nachdem bereits die Maßregel nach § 42 c StGB als solche nur verhängt werden darf, wenn die Unterbringung nicht durch ähnliche ambulante Maßnahmen abgewandt werden kann ²⁰⁸⁾, zu denen auch die Mitarbeit in einer derartigen Vereinigung gehören dürfte.

c) Den aus dem Arbeitshaus Entlassenen kann der Eintritt in ein Übergangsheim auferlegt werden, ebenso wie der Nachweis regelmäßiger Arbeit ²⁰⁹⁾.

205) Vgl. dazu v.a. oben im 3. Kap. unter I 2 b!

206) LK § 42 h Anm. 2

207) Zur besonderen Problematik der psychotherapeutischen Behandlung vgl. etwa D e m s k i NJW 1958, 2100 sowie vom ärztlichen und pädagogischen Standpunkt aus S t u t t e, Zur Frage der heilerzieherischen Behandlung im Sinne von § 10 II JGG, MonKrim 1956, 103 ff.; W e n d t, Psychotherapeutische Behandlung als Weisung, MonKrim 1957, 193.

208) Vgl. BGH bei Dallinger MDR 1957, 140.

209) Vgl. Schäfer - v. Dohnanyi, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935, Tübingen 1936, § 42 h Anm. I.

d) Besonderes Augenmerk schenkte die Literatur in diesem Bereich von jeher den Auflagen im Rahmen der bedingten Entlassung aus der Sicherungsverwahrung, denen auch die in § 102 E 1958 ²¹⁰⁾ genannten Beispiele von Weisungen bei der neuen Maßregel der Sicherungsaufsicht nachgebildet sind. Aus der Fülle der möglichen Weisungen seien hier die bei S t o l z e n - b u r g ²¹¹⁾ zusammengestellten genannt: Dem zu Entlassenden wird aufgegeben, seinen Wohnort zu bestimmten Terminen oder jede Änderung seines Wohnorts oder Aufenthalts anzuzeigen, sich in bestimmten Abständen bei der Polizeibehörde persönlich zu melden, nicht an seinen früheren Wohnort zurückzukehren und jeden Verkehr mit seinen früheren Komplizen zu unterlassen, sich unter Überlassung seines Barvermögens und der Altersrente für den Rest seines Lebens in ein Altersheim oder eine Pflegeanstalt zu begeben, bei seinen Angehörigen Wohnung zu nehmen und nach Kräften für sie zu sorgen, sich um Arbeit zu bemühen und der Vollstreckungsbehörde laufend Mitteilung zu machen, wo er in Arbeit steht, eine bestimmte Arbeitsstelle anzunehmen und diese nur mit Genehmigung des Gerichts zu verlassen, Wirtshäuser überhaupt oder zur Abend- und Nachtzeit nicht zu besuchen, Waldungen nicht zu betreten (Wilderer), die Zollgrenzbezirke zu meiden (Schmuggler), auf Heiratsinserate nicht zu antworten und keine leichtsinnigen Bekanntschaften anzuknüpfen, den Briefwechsel vom Leiter des Übergangsheims überwachen zu lassen und keine Zeitungsinserate aufzuheben (Heiratsschwindler) oder sich einer Schutzaufsicht zu unterstellen. Die Auflage, allen Anordnungen der Kriminalpolizei nachzukommen, wird -- kriminalpolitisch recht bedauerlich -- rechtlich wohl an den Anhörungsvorschriften der §§ 463 a III in Verbindung mit 462 II StPO scheitern ²¹²⁾. Dagegen kann der Richter von sich aus dem Entlassenen zur Pflicht machen, sich von seinem Wohnort nicht ohne polizeiliche Erlaubnis zu

210) § 100 der überarb. Fassung.

211) Die Entlassung aus der Sicherungsverwahrung, a.a.O., S. 93

212) Vgl. Eb. S c h m i d t , Lehrkommentar II, § 462
Erl. 9.

entfernen, das Haus nicht zur Nachtzeit zu verlassen oder je einen Haus- und Wohnungsschlüssel bei der Kriminalpolizei abzuliefern. Auch die Hinterlegung einer Sicherheit kommt bei wandernden Großbetrügern, Hochstaplern etc. anstelle einer einschneidenderen Ortsbeschränkung in Betracht ²¹³⁾.

Wenn derart einschneidende Maßnahmen wie die aufgezählten auf den ersten Blick als rechtlich bedenklich, ja bestürzend empfunden werden sollten, so ist dabei doch zu bedenken, daß jene Intensivierung des Aufsichtscharakters in dem Anwendungsbereich dieser Maßnahmen ihre Rechtfertigung findet ²¹⁴⁾. Die Sicherungsauflagen sind ihrem Wesen nach auf eine Gruppe von kriminell besonders gefährdeten und selbst gefährlichen Tätern zugeschnitten und letztlich ja kriminalpolitisch auch als progressive Lockerung der im Urteil angeordneten Sicherung gedacht, als die sie von dem Entlassenen ja in der Regel auch empfunden werden. Von besonderer Bedeutung ist daher auch die Bestimmung des § 42 h I S. 2 StGB, die dem Richter die rechtliche Möglichkeit gibt, die erteilten "besonderen Pflichten" im Lauf der Zeit zu lockern, wie auch die Vorschrift des § 42 h I S. 3 StGB, wonach ein Verstoß gegen die Auflagen den Widerruf der Aussetzung der Unterbringung nicht bereits als solcher, sondern nur dann rechtfertigt, wenn der Zweck der Maßregel eine erneute Unterbringung fordert.

II.

Anders als der Ausgestaltung der Straf- und Maßregelaussetzung des Erwachsenenrechts sind dem Recht der jugendrichterlichen Weisungen nach § 10 JGG -- darf man insbesondere den Ver-

213) Vgl. J a g u s c h , LK, a.a.O.

214) Vgl. Amtl. Begr., S. 85 zu den Weisungen nach § 102 E 1958.

öffentlichungen von H o l z s c h u h ²¹⁵⁾ glauben -- anscheinend keine Grenzen gesetzt. Ist doch einmal der Jugendliche eine noch in der Ausbildung begriffene Persönlichkeit, bei der individuelle Maßnahmen größeren Erfolg versprechen, und sind beim Jugendlichen auch die v.a. durch die menschliche Würde den erzieherischen Maßnahmen des Strafrichters gesteckten rechtlichen Grenzen in vieler Hinsicht weiter als beim Erwachsenen ²¹⁶⁾. Dementsprechend wenden auch die Jugendrichter die durch § 10 JGG eröffneten rechtlichen Möglichkeiten, wenn auch nicht in dem kriminalpolitisch eigentlich wünschenswerten, so doch in einem vergleichsweise viel weiteren Umfange an, und insbesondere die jugendrechtliche Literatur ist kriminalpolitisch wesentlich fruchtbarer als das entsprechende Schrifttum zum allgemeinen Strafrecht. Es würde im Rahmen der vorliegenden Arbeit, die sich in erster Linie das Ziel setzt, den grundsätzlichen Problemen nachzugehen, die sich aus der Einführung der "dritten Spur" im Erwachsenenstrafrecht ergeben, zu weit führen, die bisher bekannt gewordenen Beispiele jugendrichterlicher Weisungen im einzelnen darzustellen, zumal deren Problematik zumeist mehr auf erzieherischem, denn auf rechtlichem Gebiet liegt. Es sei daher hier statt dessen nur auf die Zusammenstellungen bei L a c k n e r ²¹⁷⁾, G r e t h l e i n ²¹⁸⁾, P o t r ý k u s ²¹⁹⁾ und vor allem H o l z s c h u h ²²⁰⁾ verwiesen ²²¹⁾.

215) Eine Auswahl davon sh. im Literaturverzeichnis dieser Arbeit.

216) Vgl. oben im 1. Kap. unter III B 2 und insbes. im 2. Kap. unter II A.

217) Dallinger-Lackner § 10 N.9 - 14.

218) § 10 Anm. 2 b.

219) JGG, § 10 Bem. 1; ferner ZBlJugR 1951,88.

220) JWohl 1952,157 ff.; Referat, a.a.O., S. 152 f.; "... aber Ihr klagt uns an!", passim. Sh. ferner die Entscheidungen des AG Darmstadt in EJF 1953, S. 46 Nr. 10; S. 59 Nr. 11 a; S. 60 Nr. 11 b, 12; S. 77 Nr. 14; S. 78 Nr. 15.

221) Im übrigen sind noch die Zusammenstellungen bei F r ä b e l NJ 1959,94; K e l l n e r UJ 1954,472; M i d d e n - d o r f f, Jugendkriminologie, S. 221 f.; S c h n i t z e l l i n g DAR 1956,125 u. Prakt.Bewährungshilfe, S. 35 (Weisungen für Verkehrsdelinquenten) zu erwähnen.

Nur, um zusammenfassend noch einmal kurz auf die ebenso vielgerühmten wie geschmähten Weisungen des hessischen Jugendrichters H o l z s c h u h einzugehen, der von den einen als der "Protagonist der Weisungen" gepriesen ²²²⁾, von den anderen als "Schokoladenrichter" abgetan ²²³⁾, jedenfalls die kriminalpolitische Avantgarde der deutschen Jugendkriminalrechtspflege schlechthin verkörpert, so ist in rechtlicher Hinsicht zu bemerken, daß diese Weisungen oft nur recht schwer in ein gedankliches Verhältnis zur "objektiven Tatschwere" der sie auslösenden Jugendstraftat zu bringen sind und zuweilen auch in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung im Hinblick auf Art. 1 I GG recht bedenklich wirken. Die rechtlichen Grenzen dieser Weisungen sind im einzelnen bereits oben bei der Erörterung der Grundrechtsprobleme dargelegt worden ²²⁴⁾. Besonderen Hinweis verdient schließlich in diesem Zusammenhang die auf H o l z s c h u h zurückgehende, verdienstvolle Praxis jener "Weisungen", die in Wirklichkeit und für den Täter auch erkennbar als bloße (nicht durch § 11 II JGG abgesicherte) Anregungen dem Jugendlichen gern mit auf den Weg gegeben werden.

222) So P o t r y k u s RdJ 1958,96 in der Besprechung des Buches von Holzschuh: "... aber Ihr klagt uns an!". -- Vgl. auch NJW 1958,623 f.

223) Vgl. insbesondere K n ö g e l NJW 1958,609 ff. und RdJ 1958,296 ff. -- Dagegen etwa wieder M i d d e n d o r f RdJ 1958,244 Anm. 37.

224) Vgl. oben im 2. Kap. unter II A 2.

3. H A U P T T E I L

=====

Prozessuale Zweifelsfragen im Auflagenrecht.

7. K a p i t e l

Die Anfechtung fehlerhafter Bewährungsauflagen
im Falle der Berufung gegen das Urteil.

I.

Die Anfechtung fehlerhafter Bewährungsauflagen ist in § 305 a I S. 1 StPO ausdrücklich geregelt. Sie erfolgt mit der einfachen Beschwerde. Zweifelsfragen ergeben sich jedoch dann, wenn zugleich das Urteil mit der Berufung angefochten wird, einem Rechtsmittel also, das eine Nachprüfung auch des tatrichterlichen (Strafzumessungs-)ermessens erforderlich macht, während der Auflagenbeschluß nach § 268 a StPO, der doch in Wahrheit nur einen aus reinen Zweckmäßigkeitgründen abgespaltenen Teil des Urteils darstellt ¹⁾, nach dem Wortlaut des § 305 a I S. 2 StPO nur auf Rechts- und besonders grobe Ermessensfehler nachgeprüft werden kann. Soll nun das Gericht, wenn l e d i g l i c h Berufung eingelegt ist, im Falle der Aufrechterhaltung des Strafausspruchs und der Strafaussetzung über die Anordnungen nach § 268 a StPO überhaupt und bejahendenfalls in einer Weise befinden dürfen, wie es seiner Stellung als Berufungsgericht entspricht, soll es aber, wenn neben der Berufung noch eine Beschwerde eingelegt wurde, auf die Nachprüfung der Auflagen im Rahmen des § 305 a I S. 2 StPO beschränkt sein? Ist neben der Berufung eine gesonderte Beschwerde überhaupt noch sinnvoll? Stellt, -- insbesondere, wenn

1) Vgl. G e i e r in Löwe-Rosenberg § 268 a Anm. 4;
K l e i n k n e c h t KM § 268 a Anm. 5 b, ferner
Anm. 3a; S c h m i t t NJW 1956, 1728.

man die Erforderlichkeit einer gesonderten Beschwerde bejaht --, die Entscheidung des zweitinstanzlichen Gerichts in Bezug auf die Auflagen eine Beschwerdeentscheidung dar, gegen die eine weitere Beschwerde nicht statthaft ist (§ 310 StPO), so daß jener Beschluß des zweitinstanzlichen Gerichts nur dadurch seine Wirksamkeit verlieren kann, daß etwa das Urteil als ganzes oder doch die Strafaussetzung in der Revisionsinstanz aufgehoben wird?

II.

1.) Eine Antwort auf diese Fragen ist dem Gesetz unmittelbar nicht zu entnehmen. Nach der Fassung des § 305 a I S. 1 StPO scheint zunächst ohne weiteres das Ergebnis nahezuliegen, gegen einen Auflagenbeschluß sei in jedem Falle nur das Rechtsmittel der Beschwerde statthaft, gleichgültig, ob daneben noch eine Berufung gegen das Urteil eingelegt worden sei oder nicht. Diese Auffassung kann wohl als die herrschende bezeichnet werden ²⁾. Dagegen ist K l e i n k n e c h t ³⁾ offenbar der Meinung, daß die Einlegung einer gesonderten Beschwerde gegen den Auflagenbeschluß neben der Berufung gegen das Urteil zwar nicht unbedingt erforderlich, andererseits aber auch nicht überflüssig sei; ein neuer ausdrücklicher Auflagenbeschluß brauche jedenfalls nur dann zu ergehen, wenn neben der Berufung auch eine Beschwerde nach § 305 a eingelegt worden ist; diese müsse dann auch ausdrücklich durch Beschluß verbeschieden werden. Nach einer dritten Auffassung schließlich sind die Bewährungsaufgaben bei Einlegung einer Berufung gegen das Urteil in gleicher Weise wie die Schuld- und Straffrage in jedem Falle automatisch mit zu überprüfen; einer besonderen Beschwerde bedürfe es nur, wenn die Berufung zulässigerweise auf einen die Strafaussetzungsfrage nicht betreffenden Gegenstand wie etwa die Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 42 m StGB beschränkt

2) BayObLG NJW 1956, 1728; S c h w a r z, StPO, § 268 a Anm. 1 B a; § 305 a Anm. 2; M ü l l e r KM § 305 a Anm. 6 a; anscheinend auch E b. S c h m i d t, Lehrkommentar II, § 268 a Erl. 7; § 305 a Erl. 7, 8 sowie D a l l i n g e r JZ 1953, 435.

3) KM § 268 a Anm. 5 b. -- Daraus geht freilich nicht

worden sei. Ansonsten sei für eine besondere Beschwerde neben der Berufung kein Raum ⁴⁾.

2.) Den m.E. entscheidenden Beitrag zur Lösung dieser Problematik bildet der die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts ⁵⁾ ablehnende, zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidungen des OLG Düsseldorf ⁶⁾ und des Kammergerichts ⁷⁾ noch nicht veröffentlichte und in der einschlägigen Kommentarliteratur m.E. nur höchst ungenügend gewürdigte Aufsatz von S c h m i t t ⁸⁾, der unter Zusammenfassung der wesentlichen Gesichtspunkte ein überzeugend begründetes Ergebnis liefert. Die vorliegende Arbeit kann sich daher im großen ganzen mit einer zusammenfassenden Darstellung der von S c h m i t t herausgearbeiteten Rechtsgedanken begnügen.

Auszugehen ist danach von der Stellung und Funktion des Berufungsgerichts als einer Tatsacheninstanz. Das Berufungsgericht hat den Sachverhalt, der den Gegenstand des Verfahrens bildet, in jeder Richtung neu zu würdigen. Im Gegensatz zum Revisionsgericht setzt es dabei sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Erstrichters und stellt bei seiner Entscheidung genau dieselben Erwägungen an, die es als Gericht erster Instanz anstellen müßte. Es hat insbesondere auch erneut selbständig zu prüfen, ob dem Angeklagten Strafaussetzung zur

hervor, ob nun das zweitinstanzliche Gericht in beiden Fällen auf eine Nachprüfung der Auflagen auf Gesetzwidrigkeit und einschneidende Unzumutbarkeit nach § 305 a I S. 2 StPO beschränkt sein solle.

- 4) KG VRS 11,357 = NJW 1957,275; OLG Düsseldorf NJW 1956,1889; OLG München, Beschl. v. 15.11.1955 - Ws 801/55 bei Schmitt, a.a.O.; S c h m i t t, a.a.O.; S c h ä f e r in Löwe-Rosenberg § 453 Anm. 7; vgl. ferner B r u n s NJW 1959,1397.

5) a.a.O.

6) a.a.O.

7) a.a.O.

8) a.a.O., 1728 f.

Bewährung gewährt werden solle⁹⁾ 10). Dabei muß es auch die "Einwirkung der Aussetzung" (§ 23 II StGB) bei seiner Prognose berücksichtigen, die ja ihrerseits wesentlich von den erteilten bzw. noch zu erteilenden Auflagen abhängt¹¹⁾. Um diese Aufgabe erfüllen zu können, darf das Ermessen des Berufungsgerichts nicht auf die Beschwerde (!)gründe des § 305 a I S.2 StPO beschränkt sein. Jene Beschränkung der Beschwerdegründe auf die der Gesetzwidrigkeit und der einschneidenden Unzumutbarkeit behält daneben freilich ihren guten Grund: Das Beschwerdegericht als solches überprüft ebensowenig wie das Revisionsgericht¹²⁾ die der angefochtenen Entscheidung zugrundeliegende Tatsachenfeststellung in einer Hauptverhandlung; welche Auflagen angemessen sind, kann aber am besten der Tatrichter auf Grund der Hauptverhandlung beurteilen. Seine Entscheidung soll nun nicht durch eine lediglich an Hand der Aktenlage getroffene Entscheidung eines übergeordneten Gerichts abgeändert werden können. Gerade diese Erwägung trifft aber für

-
- 9) Dies übersieht M ü l l e r KM § 305 a Anm. 6 a a.E., der meint, daß etwa bei Verwerfung der Berufung in der Berufungsinstanz keine Strafe zur Bewährung ausgesetzt werden.
- 10) Daß das Berufungsgericht hier u.U. das Verbot der Schlechterstellung (§ 331 I StPO) zu beachten haben mag, ist eine andere Frage. Vgl. dazu v.a. Armin K a u f m a n n JZ 1958,297 ff.
- 11) Vgl. dazu oben in der Einleitung zu dieser Arbeit unter 1.
- 12) Im Falle einer g l e i c h z e i t i g gegen das Urteil eingelegten R e v i s i o n ist es daher sinnvoll, das Gericht an die Beschwerdegründe des § 305 a I S. 2 StPO zu binden. Ob freilich die -- wie sich aus § 305 a II ergibt, für diesen Fall im Gesetz ausdrücklich vorgesehene -- Beschwerde für die Nachprüfung der Auflage auch erforderlich ist, erscheint zweifelhaft. M.E. kann dem Revisionsgericht die Nachprüfung einer möglicherweise fehlerhaften Auflage auch dann nicht verwehrt werden, wenn neben der Revision gegen das Urteil keine selbständige förmliche Beschwerde gegen den Auflagenbeschluß erhoben ist; vgl. auch B r u n s NJW 1959,1397. Soweit sich allerdings das Revisionsgericht mit der Gültigkeit einer Auflage befaßt, kommt seiner Entscheidung doch keine höhere Kraft als einem Beschluß zu. Daher ergibt sich, auch soweit etwa der BGH eine Entscheidung über eine Auflage trifft, keine Vorlagepflicht nach § 121 VG, wenn ein Oberlandesgericht insoweit abweichen will (ebenso P e t e r s JZ 1957,65 f., ferner B r u n s ; a.a.O.; vgl. auch OLG Düsseldorf NJW 1958,1007 m. Anm. S c h a l - s c h a , a.a.O.,1310).

das Berufungsgericht nicht zu ¹³⁾. Es besteht daher keinerlei innere Notwendigkeit, das Ermessen des Berufungsgerichts bei der Überprüfung der vom Erstrichter angeordneten Auflagen auf die Beschwerdegründe des § 305 a I S. 2 StPO einzuengen. Es handelt sich bei dem Auflagebeschluß nach § 268 a StPO, wie bereits bemerkt, im Gegenteil materiell um nichts anderes als einen aus Zweckmäßigkeitserwägungen abgespaltenen Teil des (erstinstanzlichen) Urteils. Dann aber hat das Berufungsgericht in jedem Falle bei der Nachprüfung des erstinstanzlichen Urteils auch die vom Erstrichter angeordneten Auflagen mit zu überprüfen, auch ohne daß eine Beschwerde nach § 305 a I S. 1 StPO eingelegt worden wäre. Eine solche ist daher neben der Berufung überflüssig. Unterläßt das Berufungsgericht, falls eine Beschwerde (richtigerweise) nicht eingelegt worden war, rechtsirrtümlich eine Überprüfung der erstrichterlichen Auflagen auf ihre Rechtmäßigkeit und (!) Zweckmäßigkeit, so muß es diese, selbst wenn es die Berufung in vollem Umfang als unbegründet abgewiesen hat, in analoger Anwendung der §§ 332, 268 a StPO nachholen. Die -- in jedem Falle durch Beschluß zu treffende -- Auflageentscheidung ist mit der Beschwerde nach § 305 a StPO anfechtbar; eine solche stellt keine nach § 310 StPO unzulässige weitere Beschwerde dar. -- Nachdem diese Ergebnisse zwingend aus der Stellung des Berufungsgerichts und der Funktion der Auflagen folgen, kann dagegen auch nicht geltend gemacht werden, das Rechtsmittel gegen das Urteil könne sich schon deswegen nicht auf die Auflagen erstrecken, weil diese ja nach §§ 24 III StGB, 453 II S. 1 StPO der Abänderung unterlägen ¹⁴⁾. -- Die abweichende Auffassung würde auch zu der Konsequenz führen, daß, ebenso wie das erstinstanzliche

13) Den Unterschied der Rechtslage bei gleichzeitiger Einlegung einer Berufung bzw. einer Revision betont neuerdings auch BayObLG NJW 1958,1694 (a.E.), das nicht erkennen läßt, ob es BayObLG NJW 1956,1728 noch aufrechterhalten will.

14) So schon G r a u in: Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, 2.Aufl., Berlin 1935, S. 191.

Urteil und der erstinstanzliche Auflagenbeschuß 15), zwar das Berufungsurteil in der Hauptverhandlungsbesetzung ergehen würde, der mit diesem zusammen (sc. auf die Beschwerde hin) zu treffende Auflagenbeschuß aber vom Gericht in der Besetzung als Beschußkammer nach § 76 I GVG getroffen werden müßte. Das kann aber vom Gesetzgeber nach der kriminalpolitischen Bedeutung, die dieser den Auflagen beimißt, kaum gewollt sein und darf m.E. nicht einmal in Kauf genommen werden.

15) Vgl. S c h w a r z , StPO, § 268 a Anm. 1 A; G e i e r in Löwe-Rosenberg § 268 a Anm. 4.

8. Kapitel

Das Verbot der Schlechterstellung im Auflagenrecht.

Analoge Anwendung des § 331 I StPO ?

I.

"Das Verbot der reformatio in peius bezieht sich nur auf die Strafe, nicht auf eine Bewährungsauflage." -- Gestützt auf diesen Leitsatz der Entscheidung des OLG Stuttgart in NJW 1954, 611 hielt das Bayerische Oberste Landesgericht ¹⁾ bei Abweisung der Berufung des Angeklagten im übrigen die Erhöhung einer Spendenauflage nach § 24 I Nr. 5 StGB in der Berufungsinstantz für zulässig, ebenso wie das OLG Nürnberg ²⁾ die Neuerteilung einer zusätzlichen Auflage durch das Berufungsgericht. Auch im Schrifttum wurde der zitierte Satz ganz allgemein zur Begründung der rechtlichen Zulässigkeit einer Schlechterstellung des Angeklagten auf der Auflagenebene schlechthin herangezogen ³⁾. Eberhard Schmidt ⁴⁾ war der Erste ⁵⁾, der bemerkte, daß dieser in Rechtsprechung und Lehre immer wieder angezogene Leitsatz der Entscheidung des OLG Stuttgart in Wirklichkeit ja eigentlich einen rechtlich ganz anders gelagerten Sachverhalt

1) BayObLGSt. 1956, 253.

2) NJW 1959, 1451 m. abl. Anm. Bruns = FamRZ 1959, 165 m. Anm. der Schriftltg. = GA 1959, 317.

3) Vgl. Dreher - Maaßen § 24 Anm. 3; Müller KM § 331 Anm. 4 d; Kohlrausch - Lange § 24 Anm. III 2; Schäfer in Löwe-Rosenberg § 453 Anm. I 1 u. Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, a.a.O., S. 24; Schönke - Schröder § 23 Anm. VII; § 24 Anm. III; Schwarz, StPO, § 331 Anm. 1 A a -- das ist bis auf Jagusch, LK zu § 24, der diese Frage nicht berührt, die gesamte Kommentarliteratur!

4) Lehrkommentar II, § 331 Erl. 29.

5) Vgl. neuerdings auch die scharfe Hervorhebung des rechtlichen Unterschieds der beiden Fälle bei Bruns NJW 1959, 1397!

betraf als denjenigen, über den später das Bayerische Oberste Landesgericht und das OLG Nürnberg zu befinden gehabt hatten. Die Entscheidung des OLG Stuttgart ⁶⁾ bezog sich auf den Fall, daß eine Strafe in der Berufungsinstantz erstmalig (!) zur Bewährung ausgesetzt und dabei eine Auflage beschlossen wurde. H i e r ist freilich mit Eberhard S c h m i d t ⁷⁾ die Zulässigkeit der Neuerteilung einer Auflage in der Berufungsinstantz, sei es auch auf die alleinige Berufung des Angeklagten, zu bejahen. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ⁸⁾ bedeutet die Strafaussetzung zur Bewährung eine sachliche Änderung, und zwar eine Milderung des geltenden Rechts, und die hinzugefügte (!) Strafaussetzung ist daher auch dann eine Vergünstigung, wenn sie vom Berufungsgericht nur unter Verhängung einschneidender Auflagen erteilt wird. Der hier interessierende, eigentlich kritische Fall liegt a n d e r s ; die eigentliche Problemstellung lautet folgendermaßen: Darf das Berufungsgericht, wenn die Strafe bereits in erster Instanz zur Bewährung ausgesetzt worden war, auf die alleinige Berufung des Angeklagten hin bei Verwerfung der Berufung als unbegründet etwa die Dauer der Bewährungsfrist verlängern, die erstinstanzliche Auflage (z.B. eine Geldauflage) verschärfen oder unter Aufrechterhaltung der erst-richterlichen Bewährungsanordnungen eine neue Auflage zusätzlich treffen? In diesen Fällen würde der Angeklagte nicht einmal "ein Übel (den drohenden Vollzug der Strafe) gegen ein anderes (die Auflage) eintauschen", sondern hier würde ihm wirklich effektiv ein "Mehr" aufgebürdet. Dies legt die Vermutung nahe, daß dieser Sachverhalt in rechtlicher Beziehung zumindest nicht ohne weiteres mit jenem anderen gleichgesetzt werden darf, welcher der Entscheidung des OLG Stuttgart ⁹⁾ zugrundegelegt war.

6) a.a.O.

7) a.a.O.

8) LM Nr. 1 zu § 23 StGB = NJW 1954, 39.

9) a.a.O.

Dies haben die Gerichte und verschiedene Autoren offenbar auch gefühlt, wenn sie sich nicht einfach mit dem Zitat jener Entscheidung begnügen, sondern darüber hinaus selbständig materielle Gesichtspunkte zur Lösung der Problematik beitragen. So wird zunächst auf den Wortlaut des § 331 I StPO hingewiesen. Das Berufungsgericht ändere bei Verwerfung der Berufung die Bewährungsauflagen in einem seinerseits nach § 268 a StPO erlassenen Beschluß; § 331 I gelte aber nur für das "Urteil" ¹⁰⁾. Des weiteren wird geltend gemacht, die Bewährungsaufgabe sei ja keine "Strafe", sondern mehr eine medizinische Heilmaßnahme im wohlverstandenen Interesse des Angeklagten, die den in § 331 II StPO genannten Besserungsmaßregeln systematisch näher stünde als einer Strafe; ein Analogieschluß aus jener Vorschrift liege daher näher als ein solcher aus § 331 I ¹¹⁾. Endlich sei nicht einzusehen, warum der Erstrichter ohne Rücksicht auf irgendein Verschlechterungsverbot befugt ein solle, die Bewährungsaufgaben nach seinem Ermessen zu ändern, auch zu verschärfen oder nachträglich anzuordnen, das Berufungsgericht, -- gleichfalls eine Tatsacheninstanz --, aber nicht ¹²⁾.

II.

Die mit diesen, auf den ersten Blick recht einleuchtend erscheinenden Argumenten begründete These von der Nichtgeltung des § 331 I StPO im Auflagenrecht gehört heute zum "gesicherten Bestand" von Rechtsprechung und Lehre ¹³⁾. Daran sollte auch nicht gerührt werden, würden sich die genannten Gründe der herrschenden Auffassung wirklich als schlechthin durchschlagend erweisen. Dies ist jedoch nicht der Fall.

-
- 10) So insbesondere Armin Kaufmann JZ 1958, 299 Anm. 31; Eb. Schmid t, a.a.O., § 331 Erl. 30; vgl. ferner die Anm. der Red. zu OLG Nürnberg in FamRZ 1959, 165.
- 11) So v.a. Müll er KM § 305 a Anm. 5; ferner BayObLG a.a.O.; Schwar z, StPO, a.a.O.
- 12) BayObLG a.a.O.; Müll er KM a.a.O.; Schönke - Schr ö - der, a.a.O.
- 13) Erst neuerdings meldet Brun s NJW 1959, 1397 (sh. aber noch in GA 1956, 213 Anm. 28!) dagegen die ersten Bedenken

1.) Der, schon weil aus dem Wesen der Bewährungsauflagen begründete, unzweifelhaft gewichtigste Einwand gegen die Geltung des Schlechterstellungsverbots in diesem Bereich geht dahin, daß es sich bei den Auflagen um "Heilmaßnahmen im wohlverstandenen Interesse des Täters" handle, die den in den §§ 331 II, 358 II StPO genannten Maßregeln näher verwandt seien als den Strafen, und die deshalb ihrem Wesen nach von dem für diese und grundsätzlich auch für die Maßregeln der Sicherung und Besserung geltenden Verschlechterungsverbot ausgenommen werden müßten. -- Bei einer näheren Überprüfung dieses Arguments fällt zunächst auf, daß in einem Bereich, der dem der Bewährungsauflagen mindestens ebenso verwandt sein dürfte als die in den §§ 331 II, 358 II StPO genannten Besserungsmaßregeln, nämlich im Bereich der Erziehungsmaßregeln und Zuchtmittel des Jugendkriminalrechts, die Geltung des Verbots der reformatio in peius allgemein b e j a h t wird ¹⁴⁾. Das einschlägige Schrifttum bezieht sich zwar, ebenso wie BGHSt. 10,198 ¹⁵⁾ dabei nicht ausdrücklich auf die den Bewährungsauflagen des allgemeinen Strafrechts in dieser Hinsicht am ehesten entsprechenden "Weisungen"; es erscheint aber immerhin bemerkenswert, wenn sich der führende Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz ¹⁶⁾ ausdrücklich und eingehend für eine Geltung des Ver-

an. Vgl. auch die insoweit recht beachtliche Anm. der Schriftleitung zu OLG Nürnberg FamRZ 1959,165.

- 14) Vgl. BGHSt. 10,198; Arthur Kaufmann JZ 1958, 9 ff.; Dallinger - L a c k n e r Vorbem. 23 vor § 55; G r e t h - l e i n § 55 Anm. 4 a. Die abw. Auffassung von P o t r y - k u s , JGG S. 1, das Verschlechterungsverbot stehe im Maßnahmenrecht des JGG wegen einer durch § 55 geschaffenen relativen Rechtskraft überhaupt nicht zur Diskussion, steht vereinzelt und ist durch die vorher Genannten überzeugend widerlegt.
- 15) BGHSt. 10,198 = LM Nr. 1 zu § 55 JGG m.Anm. K r u m m e = NJW 1957,998 m.Anm. P o t r y k u s = MDR 1957,397 m.Anm. D a l - l i n g e r = JZ 1958,32 m.Anm. Arthur K a u f m a n n , a.a.O. = EJf C I Nr. 21 m.Anm. K o h l h a a s = ZBlJugR 1957, 241 m.Anm. P o t r y k u s .
- 16) Dallinger - L a c k n e r , a.a.O.; vgl. auch G r e t h - l e i n , a.a.O., der allerdings a.a.O., § 59 Anm. 3 b dieses Verbot der Schlechterstellung, soweit die Weisungen als Bewährungsauflagen verhängt worden sind, nicht gelten lassen will. Dies kann m.E. nur auf die Formalargumentation, § 331 I StPO gelte nur für das "Urteil", hinauslaufen.

schlechterungsverbots im Bereich des § 10 JGG ausspricht. - Die vergleichende Heranziehung der Rechtslage im Bereich der "Weisungen" des Jugendkriminalrechts gewinnt im vorliegenden Zusammenhang noch erhöhte Bedeutung, wenn man sich vergegenwärtigt, daß es bei jenen Maßnahmen um Erziehung, mithin um A u s - bildung der jugendlichen Täterpersönlichkeiten geht, während die Bewährungsaufgaben des allgemeinen Strafrechts im Gegensatz dazu regelmäßig eine U m - bildung der Persönlichkeit des Probanden anstreben ¹⁷⁾ und damit der Strafe unzweifelhaft näher verwandt sind als die Weisungen des § 10 JGG, für die das Verbot der reformatio in peius g e l t e n soll. Damit wird die Argumentation der herrschenden Meinung insoweit aber bedenklich schwach, wenngleich sich ihr eine gewisse Berechtigung von vornherein nicht absprechen zu lassen scheint. Ein gewisser Zweifel an der Geltung des Verschlechterungsverbots in diesem Bereich ergibt sich in der Tat aus dem kriminalpolitischen Wesen der in Rede stehenden strafrichterlichen Maßnahmen. Wenn es die Funktion des Schlechterstellungsverbotes ist, "das Rechtsmittel für den Angeklagten nicht zweischneidig zu gestalten" ¹⁸⁾, so trifft dies sicherlich einmal für die ehrenmindernde und betont Übelscharakter tragende Strafe zu ¹⁹⁾. Bereits für die Maßregeln der Sicherung und Besserung, deren faktische Übelwirkung den Verurteilten als nicht einmal unbedingt beabsichtigte, reine Nebenfolge trifft, gilt dies schon nicht mehr in demselben Maße ²⁰⁾. Trotzdem ist dieses Argument, wie aus der Ausnahmeregelung der §§ 331 II,

17) Vgl. zu diesem Gesichtspunkt insbes. auch oben im 1. Kap. unter III B 2 b !

18) So treffend v. H i p p e l , Der deutsche Strafprozeß, a.a.O., S. 563.

19) Die Erwägungen, aus denen das Verbot der reformatio in peius zeitweilig überhaupt abgeschafft worden war, liegen auf einer anderen Ebene und interessieren in diesem Zusammenhang nicht. Vgl. dazu v. H i p p e l , a.a.O.

20) Vgl. etwa B r u n s ZStrW 71,218: Das Verbot der reformatio in peius passe in seiner Anwendung auf die Maßregeln nicht recht (arg.§§ 331 II, 358 II). Ich würde eine Abschaffung dieser rechtsstaatlichen Garantie aber auch insoweit für sehr bedenklich halten.

358 II StPO unmittelbar hervorgeht, nur die legeren und a von Bedeutung. Dann aber ist wohl auch im Auf-lagenbereich zumindest zu schwach dazu, um die Ablehnung der analogen Anwendung des § 331 I StPO rechtlich allein zu tragen. Denn mag es sich bei den resozialisierenden Auflagen auch um Maßnahmen "im wohlverstandenen Interesse des Täters" handeln, so wird doch dessen Entschluß zur Rechtsmitteleinlegung letztlich nicht von diesem "wohlverstandenen" Interesse, sondern vielmehr von seinem vielleicht irregeleiteten subjektiven Empfinden bestimmt, für welches auch die Aussicht auf Verschlechterung auf der Auflagenebene die Anfechtung des Urteils zu jener "zweischneidigen" Angelegenheit macht, die sie nach dem Grundgedanken des § 331 I StPO für den Angeklagten gerade nicht sein soll ²¹⁾.

2.) Das Formalargument, die Auflagen dürften in der Berufungsinstantz schon deshalb verschärft werden, weil sie nach § 268 a AtPO durch Beschluß getroffen würden, § 331 I aber nur für das Urteil gelte, erscheint noch weniger stichhaltig, erweist es sich doch bei näherem Zusehen als eine unberechtigte bloße historische Reminiszenz. §§ 331 I StPO in der bis zum Inkraft-treten des Vereinheitlichungsgesetzes vom 12.9.1950 geltenden Fassung lautete nämlich einfach: "Das Urteil darf nicht zum Nach-teil des Angeklagten geändert werden ..."; diese Formulierung legt ein argumentum e contrario in Richtung auf Beschlüsse in der Tat nahe. Dieser Schluß entbehrt jedoch einer inneren Berech-tigung. Wenn durch die Neufassung die Worte "... nach Art und Höhe der Strafe ..." hinzugefügt wurden, so brachte das Gesetz damit zum Ausdruck, daß es nur den Strafausspruch, nicht auch den Schuldausspruch dem Verschlechterungsverbot unterstellt

21) Wohl aber mögen die m.E. zu weit gehenden und daher abge-lehnten Gedankengänge in der Hinsicht fruchtbar zu machen sein, daß man, nachdem ein grundsätzliches Rang- oder Schwereverhältnis zwischen den Auflagen nicht besteht, nur die beiden zweifelsfreien Fälle einer Schlechterstellung, nämlich den der Neuerteilung einer zusätzlichen Auflage und den der Verschärfung einer bereits angeordneten, wie etwa einer Erhöhung der Spenden- oder Arbeitsauflage, dem § 331 I StPO unterstellt.

wissen wollte. Daraus ergibt sich, nachdem grundsätzlich -- arg. §§ 331 II, 358 II StPO -- auch die Maßregeln der Sicherung und Besserung dem Verbot der reformatio in peius unterfallen, daß es in § 331 I StPO nicht so sehr auf die Beschränkung auf das Urteil, als auf die "Rechtsfolgenseite" der strafrichterlichen Entscheidung ankommt. Wenn in dieser Bestimmung nur vom "Urteil" die Rede ist, so erklärt sich dies einfach daraus, daß auch zum Zeitpunkt der Neufassung der Gesetzesvorschrift in die Freiheit des Angeklagten einschneidende Rechtsfolgen einer Straftat eben nur durch Urteil getroffen werden konnten. Wenn man aber ein Verbot der reformatio in peius schon grundsätzlich anerkennt, dann sollte es keinen Unterschied ausmachen, ob die nach dem Grundgedanken dieses Verbots zu vermeidende mögliche Beschwer des Angeklagten formal durch Urteil oder durch Beschluß geschaffen wird. Im übrigen ist ja schließlich, wie bereits ausgeführt ²²⁾, der Auflagenbeschluß nach § 268 a StPO nichts wesensmäßig anderes als das Urteil, sondern in Wahrheit nur ein zur Vermeidung einer unnötigen Belastung und wegen der Abänderbarkeit der Bewährungsanordnungen vom Urteil abgespaltener Teil desselben.

3.) Nun zu dem Argument, durch welches die Richtigkeit der herrschenden Auffassung scheinbar ganz unangreifbar bestätigt wird: § 24 III StGB gibt dem Erstrichter die Möglichkeit, Auflagen ohne Rücksicht auf ein Verbot der Schlechterstellung abzuändern oder nachträglich neu zu erteilen. Warum sollte sie dem Berufungsgericht als einer Tatsacheninstanz, die bei ihrer Entscheidung genau dieselben Erwägungen anzustellen hat, die sie als Gericht des ersten Rechtszuges anzustellen hätte, verschlossen sein? Das Verfahren würde doch sodann in aller Regel so weitergehen, daß der Erstrichter bzw. sonst die Bewährungsaufsicht führende Richter ²³⁾ nach Aktenübersendung durch das Berufungsgericht die von diesem für notwendig erachteten Auflagen seinerseits anordnen würde. Hätte eine derartige "Zweispurigkeit

22) Vgl. oben im vorhergehenden Kapitel, passim.

23) Vgl. § 453 II S. 2 StPO; dazu BGHSt. 10,288.

der Verfahren" überhaupt einen Sinn? Diese Frage muß m.E. entgegen der herrschenden Meinung ganz entschieden *b e j a h t* werden. Bei den §§ 331 II, 358 II StPO erschien es schon und hauptsächlich aus dem Grunde geboten, die dort genannten, "im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen" liegenden medizinischen Heilmaßnahmen von dem grundsätzlich geltenden Verschlechterungsverbot auszunehmen, weil dort nur in ganz geringem Umfang ein nachträgliches Sicherungsverfahren existiert und ein Umwandlungs- und Ergänzungsverfahren völlig fehlt ²⁴⁾. Hier -- wie übrigens in Anbetracht des § 11 I JGG auch bei den "Weisungen" des Jugendkriminalrechts -- können wir uns dagegen gerade wegen der Abänderbarkeit der Auflagen den rechtsstaatlichen Luxus leisten, dem Angeklagten ein völlig risikoloses Angehen gegen das Urteil auch dann zu gewährleisten, wenn die darin verhängte Strafe zur Bewährung ausgesetzt gewesen ist. Das Berufungsgericht wird daher, wenn es der Ansicht ist, daß bei Abweisung der Berufung des Angeklagten als unbegründet einschneidendere oder zusätzliche Bewährungsauflagen angebracht erscheinen, die Akten dem die Bewährungsaufsicht führenden Gericht mit einer entsprechenden Anregung zusenden. Dieses Ergebnis erscheint im übrigen auch kriminalpolitisch richtig. Denn einmal wäre es u.U. wenig sinnvoll, in die Pläne des die Bewährungsaufsicht führenden Richters einzugreifen, und zum anderen kann ja dieser auch die vom Berufungsgericht erteilten Auflagen nach seinem Ermessen wieder aufheben oder abändern ²⁵⁾. Jedenfalls aber ist das hier vorgeschlagene, m.E. allein dem Gesetz entsprechende Verfahren rechtsstaatlich fairer und prozessual korrekter gegenüber dem

24) Diesen Umstand hat schon *B r u n s* in ZStrW 61,477 f. als für die praktische Handhabung des § 42 n StGB bedeutsam hervorgehoben. -- Damit dürfte das -- wie aufgezeigt, ohnehin schwache -- Argument der Verwandtschaft der Auflagen zu den medizinischen Heilmaßnahmen nach §§ 331 II, 358 II StPO zur Frage der reformatio in peius endgültig auch theoretisch entwertet sein.

25) Dies betonen zutreffend auch *Dallinger - L a c k n e r* § 59 N. 24.

Angeklagten ²⁶⁾, da dieser nun nicht mehr befürchten muß, vom Strafreger in die Anlagentraufe zu kommen ²⁷⁾. Und daran, daß der Angeklagte bloß aus Furcht vor dem Risiko einer Schlechterstellung, als die er subjektiv vielleicht nicht zu Unrecht auch die Auflagen betrachtet, eine möglicherweise ungerechte Strafe hinnimmt, besteht sicherlich kein öffentliches Interesse.

26) Vgl. in diesem Zusammenhang auch die interessante Parallele in der Entscheidung des OLG Hamm NJW 1955, 1000; dazu Eb. S c h m i d t, Lehrkommentar II, § 331 Erl. 31 !

27) Nach einer Formulierung in einem Aufsatz in DIE ZEIT vom 18.9.1959, S. 5 zu der mehrfach zitierten Entscheidung des OLG Nürnberg a.a.O.

S c h l u ß b e t r a c h t u n g .

Die vorliegende Untersuchung hat es sich zum N a h - z i e l gesetzt, die mit der Neueinführung der "dritten Spur" des modernen Kriminalrechts verbundenen rechtlichen Probleme, wie sie insbesondere durch die Arbeiten von B r u n s ¹⁾ bekannt geworden sind, weiter zu vertiefen und in sorgsamer Analyse zur Erkenntnis der Grenzen zu gelangen, die den Bewährungsaufgaben durch Recht und Gesetz gezogen sind. Es hat sich gezeigt, daß die sozialtherapeutischen Maßnahmen, die hier dem Strafrichter zum ersten Male in der Geschichte des deutschen Strafrechts in diesem Umfange an die Hand gegeben worden sind, in ihrer rechtlichen Problematik weitgehend den Maßnahmen ähneln, die als Erziehungsmaßregeln und Zuchtmittel im Jugendkriminalrecht eine (wenigstens theoretisch) enorme Bedeutung erlangt, ja zusammen mit der rechtlichen Loslösung der Zumessung der Jugendstrafe von den Strafrahmen des Allgemeinen Teils geradezu zur Bildung einer neuen Rechtsmaterie, eben des Jugendstrafrechts in seiner heutigen Gestalt, geführt haben. Es hat sich dabei aber weiter ergeben, daß bei aller gesetzestechnischen Ähnlichkeit und kriminalpolitischen Verwandtschaft der Bewährungsaufgaben zu jenen Maßnahmen, insbesondere zu den "Weisungen" des Jugendkriminalrechts, die Straf- und Maßregelaussetzung des Erwachsenenrechts oftmals gerade in solchen Punkten andere rechtliche Wege geht, die der "dritten Spur" des Erwachsenenrechts auch kriminalpolitisch ein ganz anderes Gesicht geben. Faßt man die Unterschiede, die sich in der Frage der "Sperrwirkung" der Strafen und sichernden Maßregeln, vor allem aber hinsichtlich der grundrechtlichen

1) Vgl. insbes. GA 1956,193 ff. (209 ff.); GA 1959,193 ff.; NJW 1959,1393 ff.; vgl. ferner ZStrW 71,233. -- Besondere Hervorhebung verdienen auch die Ausführungen von Schr ö d e r im StGB-Kommentar von Schönke-Schröder zu § 24.

Zulässigkeitsgrenzen und nicht zuletzt in der Problematik der strafrechtlichen Generalklausel ergeben haben, unter einem übergeordneten Gesichtspunkt zusammen, so ergibt sich, daß -- im Ganzen gesehen -- die von L a n g e ²⁾ geforderte Eingliederung in ein organisches Gefüge von drei Strafrechts-"Spuren" auch im Erwachsenenstrafrecht ³⁾ wenigstens rechtlich-dogmatisch als gelungen betrachtet werden darf. Der Staat ist infolge schon der rein rechtlichen Grenzen, die er sich in seiner Verfassung und in dem System seiner Strafgesetze und Strafprozeßnormen selbst gesetzt hat, auch im Rahmen der "dritten Spur" nicht zu einer "moralischen Besserungsanstalt" geworden, die er ja wohl auch kriminalpolitisch kaum sein könnte ⁴⁾. Das System der Défense Sociale hat mit den Bewährungsaufgaben k e i n e n Eingang in das deutsche Erwachsenenstrafrecht gefunden ⁵⁾. -- Mit dieser Feststellung ist schließlich auch das F e r n z i e l der vorliegenden Untersuchung erreicht.

Bei aller streng rechtlich-dogmatischen Begrenzung unserer Forschungen heben sich aber nun doch auch schon gewisse k r i m i n a l p o l i t i s c h e Aspekte hinreichend deutlich ab: So zeigt die grundsätzliche Anerkennung einer "Sperrwirkung" der Strafen und insbesondere der sichernden Maßregeln einerseits und die in jedem Falle teleologisch zu ermittelnde notwendige Begrenzung dieses Gesichtspunkts andererseits, daß mit der vom Gesetzgeber intendierten Neuorientierung des modernen Kriminalrechts im Sinne einer "Dreisporigkeit", d.h., grob gesprochen,

2) Vgl. Kohlrausch-Lange § 24 Anm. III 1.

3) Im Bereich des Jugendkriminalrechts ist v.a. die mehrfach zitierte, groß angelegte Arbeit von H e l l m e r, Erziehung und Strafe, zu nennen. Vgl. dazu die Bespr. von B r u n s NJW 1958, 1032.

4) Dies insbesondere gegen die Ausführungen von B a u m a n n GA 1958, 193 ff. Zutreffend L a n g - H i n r i c h s e n, Gutachten, S. 85.

5) Vgl. auch den Bericht von L u t h e r in JZ 1959, 69 f. zum 5. Internationalen Jugendrichterkongreß 1958 in Brüssel.

im Sinne einer stärkeren Betonung des Resozialisierungsgedankens, auch d a n n wirklich Ernst gemacht werden kann, wenn man die juristisch-dogmatischen Grenzen, die sich durch die Aufgabe der systematischen Einordnung dieser "dritten Spur" stellen, in rechtsstaatlich sauberer Weise beachtet. -- Was die Frage der von maßgeblichen Stellen ⁶⁾ immer wieder so hartnäckig verteidigten, aus verfassungsrechtlichen Gründen m.E. aber unzulässigen Generalklausel im Bereich der Strafaussetzung zur Bewährung anlangt, so zeigen allein schon die Ausführungen zur rechtlichen Begrenzung der nur scheinbar unbegrenzten Auf-
lagemöglichkeiten im übrigen, daß die gesetzliche Generalklausel kriminalpolitisch vielleicht doch nicht so unabdingbar notwendig sein kann, wie dies zunächst der Fall zu sein schien ⁷⁾. Jedenfalls führt die gerichtliche Auflagenpraxis -- oder vielmehr deren Mängelhaftigkeit -- in m.E. recht deutlicher Weise vor Augen, daß der Wert der Generalklausel als Mittel zur Offenhaltung einer kriminalpolitischen Entwicklung doch als höchst fragwürdig angesprochen werden muß. Die auffallende Zurückhaltung der Aufлагengerichte, von der bereits in der Einleitung zu dieser Arbeit die Rede gewesen ist, legt m.E. im Gegenteil die Empfehlung an den Gesetzgeber nahe, gerade zu Beginn der neuen kriminalpolitischen Entwicklung nicht gleich so rasant zu starten und den R i c h t e r vor kriminalpolitische und rechtliche Probleme zu stellen, die e r (der Gesetzgeber)

6) Vgl. die Diskussion des Referates von B r u n s GA 1959, 193 ff. auf der Erlanger Strafrechtslehrertagung am 21.5. 1959, wie sie insbes. im 1. Kap. dieser Arbeit geschildert worden ist.

7) An dieser Stelle sei dem Verfasser vielleicht eine mehr persönliche Bemerkung gestattet. Ich wurde in manchen Gesprächen mit Strafrichtern davon beeindruckt, daß diese in ihrer jugendrichterlichen Praxis zwar vielfach individuelle Weisungen verhängen, sich im Bereich der Bewährungsaufgaben nach § 24 StGB aber streng an die sechs Beispiele des Katalogs halten, die Generalklausel des §.24 I S. 2 StGB also gar nicht anwenden. - Vgl. auch jüngst G r a s - n i c k NJW 1959,2002.

im Moment nicht lösen zu können glaubt ⁸⁾. -- Die Regelung des E 1958 erscheint, was die Auflagenkataloge anlangt, im Ganzen als durchaus gelungen; die Anfügung des einen oder anderen Beispiels müßte, -- wenn dies nicht schon bei der gegenwärtigen Fassung des Entwurfs der Fall ist --, die gesetzliche Generalklausel erübrigen, was übrigens nicht nur im Recht der Strafaussetzung, sondern de lege ferenda bei elastischer Formulierung der Katalogbeispiele auch bei der Neuregelung der Maßregelaussetzung m.E. durchaus zu erwägen wäre ⁹⁾. Ein Vorschlag, wie eine solche Neuregelung aussehen müßte, kann angesichts der streng rechtlich-dogmatisch begrenzten Zielsetzung dieser Arbeit hier natürlich nicht gegeben werden; dazu wären zusätzliche kriminalpolitische Forschungen notwendig.

E i n e s jedenfalls hat sich gezeigt: Aus rechtsstaatlichen und dogmatischen Gründen braucht das Recht der Straf- und Maßregelaussetzung, braucht die kriminalpolitische Neuorientierung des Gesetzgebers von 1953 im Erwachsenenstrafrecht n i c h t rückgängig gemacht zu werden ¹⁰⁾. Das Recht wirkt wohl mancherorts als Bremse, im ganzen aber keinesfalls als Hemmschuh; Rechtmäßigkeit und spezialpräventive Zweckmäßigkeit ¹¹⁾ schließen einander auch in diesem Bereich nicht unbedingt von vornherein aus.

8) So aber die Amtl. Begr. auf S. 78. Ganz auf dieser Linie lag auch die Argumentation von MinR Dr. L a c k n e r in der Diskussion auf der Erlanger Tagung. Ganz im Sinne m e i n e r Auffassung dagegen Hellmuth M a y e r in derselben Diskussion.

9) Dagegen wird sich die Generalklausel im Jugendkriminalrecht nicht erübrigen lassen.

10) Es ist nicht so, wie Prof. Dr. H a l l in der Diskussion auf der Erlanger Tagung meinte, daß entweder der Auflagenrichter "wie der Gefängnisdirektor dastehen" oder aber auf Auflagen ganz verzichtet werden müsse!

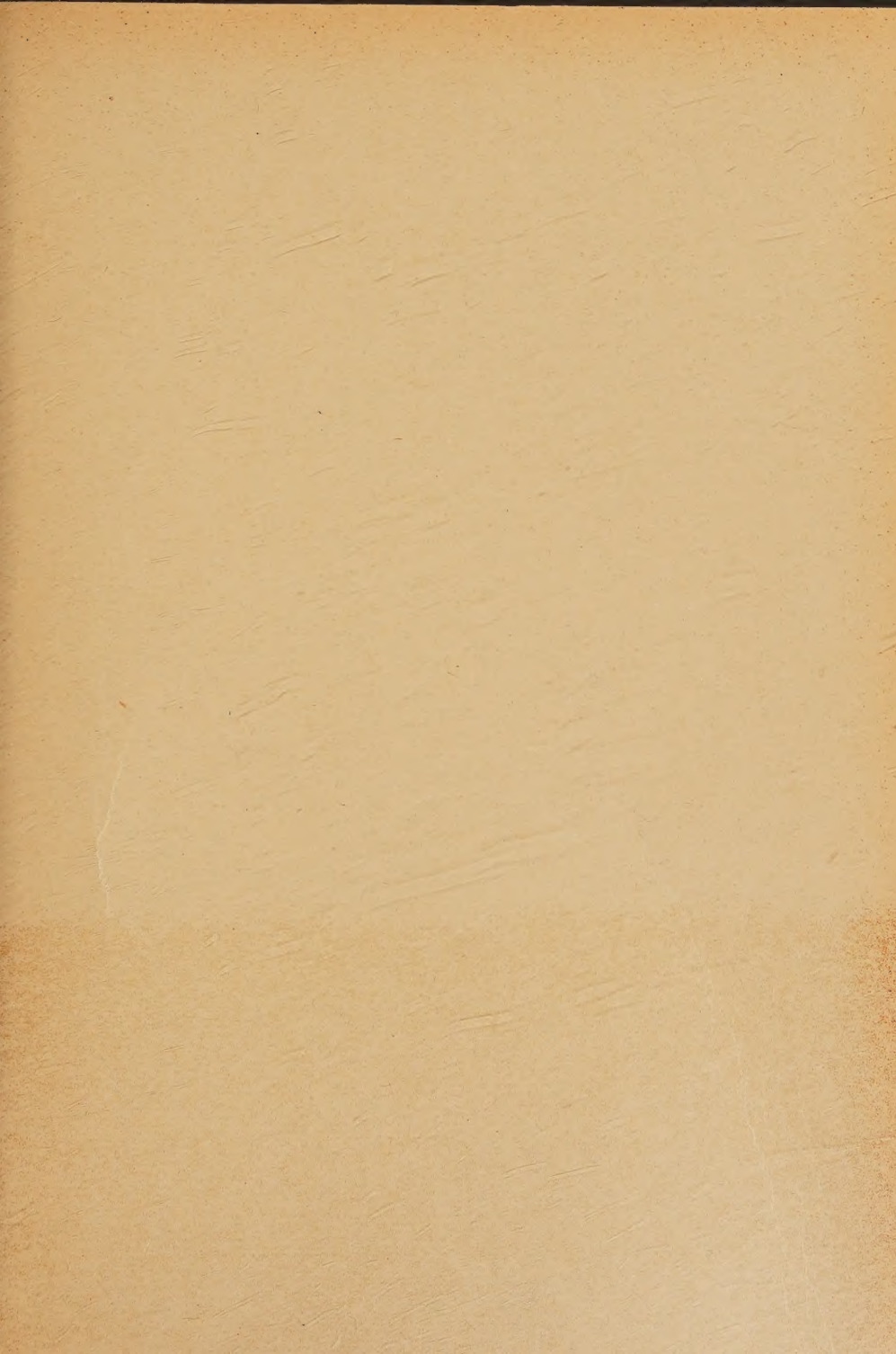
11) Vgl. zu diesem ewigen Problem der Strafgesetzgebung etwa D r o s t, Ermessen des Strafrichters, S. 198 ff.; D a h m, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit im Strafrecht der Gegenwart, in: Kohlrausch-Festschrift, Berlin 1944, S. 1 ff. (22 ff.).

Lebenslauf.

Am 8. September 1936 wurde ich als Sohn des Ingenieurs Karl Friedlein und seiner Ehefrau Luise, geb. Lehner, zu Nürnberg geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule zu Nürnberg-Eibach und der Oberrealschule an der Wölckernstraße zu Nürnberg, mit dem in den Jahren 1949 bis 1955 eine pianistische und musiktheoretische Ausbildung am Städtischen Konservatorium der Musik zu Nürnberg parallel lief, nahm ich im Wintersemester 1954/55 an der Universität Erlangen das Studium der Rechtswissenschaft auf. Nach 7 Semestern juristischen Studiums in Erlangen und Heidelberg legte ich am 15. Juli 1958 in Erlangen die erste juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 1. Oktober 1958 stehe ich im bayerischen Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar. Seit dem 1. August 1958 bin ich daneben als wissenschaftliche Hilfskraft an der Juristischen Fakultät der Universität Erlangen tätig.



Gedruckt bei
LUDWIG MÜLLER
ERLANGEN